

TARTU ÜLIKOOL

Sotsiaalteaduste valdkond

Õigusteaduskond

Avaliku õiguse osakond

Erko-Andreas Roosik

HANKIJA KAHJUHÜVITISE NÕUE EDUKA PAKKUMUSE TAGASIVÕTMISEL

Magistritöö

Juhendaja

dr iur Ivo Pilving

Tartu 2017

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. HANKIJA KAHJUHÜVITISE NÕUDE ALUS NING VAJALIKKUS	8
1.1. Kahjuhüvitise nõude allikad	8
1.2. Hankija kahjuhüvitise nõude eriregulatsiooni otstarve	12
1.3. Hankija kahjuhüvitise nõude eriregulatsiooni vajalikkus	14
1.3.1. Hankija tsiviilõiguslikud kahjunõude alused	15
1.3.2. Hankija kahjuhüvitise nõude ja alternatiivse nõude aluste peamised erisused	20
1.3.3. Tagatise regulatsiooni tõhusus	24
1.4. Vahekokkuvõte	25
2. HANKIJA KAHJUHÜVITISE NÕUDE EELDUSED	27
2.1. Pakkumuse tagasivõtmine	27
2.1.1. Hankelepingu sõlmimise moment	27
2.1.2. Pakkumuse tagasivõtmine enne edukaks tunnistamise otsust	31
2.1.3. Pakkumuse tagasivõtmise tahtevalduse tõlgendamine ja vorm	38
2.2. Hankijast mitteolenev põhjus	42
2.3. Hankija kahjuhüvitise nõude täiendavad eeldused ja kahju ulatus	47
2.4. Vahekokkuvõte	50
3. VASTUVÄITED HANKIJA KAHJUHÜVITISE NÕUDELE	53
3.1. Pakkumuse tagasivõtnud pakkuja kaebeõigus hankija otsuste vaidlustamisel	53
3.2. Hankija otsuste siduvus kahjuhüvitise nõude hindamisel	55
3.3. Hankija otsuse õigusvastasusele tuginemine	57
3.4. Vahekokkuvõte	62
KOKKUVÕTE	65
CONTRACTING AUTHORITY'S CLAIM FOR DAMAGES DUE TO TENDER WITHDRAWAL	69
Kasutatud kirjandus	73
Kasutatud õigusaktid	76
kasutatud kohtupraktika	78
Muud materjalid	80

SISSEJUHATUS

Riigihangete seaduse¹ (RHS) § 53 reguleerib hankemenetluse jätkamist olukorras, kus edukas pakkuja on võtnud pakkumuse tagasi. RHS § 53 lg 2 ja 3 annavad hankijale õiguse nõuda edukaks tunnistatud pakkumuse tagasi võtnud pakkujalt kahju hüvitamist tagasi võetud pakkumuse ja järgmise edukaks tunnistatud pakkumuse maksumuse vahe osas.

Pakkujate vastu kahjuhüvitise nõude esitamisel on praktikas tekkinud mitmeid õiguslikke küsimusi, millele riigihangete seadus ega senine kohtupraktika selgelt vastust ei anna. Esiteks on pakkujad asunud eitama pakkumuse tagasivõtmist, väites, et esitatud tahteavalduse puhul oli tegemist üksnes hankija tähelepanu suunamisega või hoiatamisega, et pakkuja või tema pakkumus ei vasta hanketeates või hankedokumentides kehtestatud nõuetele.² Teiseks on ilmnenu olukordi, milles pakkujad on võtnud pakkumuse tagasi enne edukaks tunnistamist ning on kahjuhüvitise nõudele vastu vaieldes asunud seisukohale, et RHS § 53 ei kohaldu enne edukaks tunnistamist tagasi võetud pakkumuse suhtes.³ Kolmandaks on pakkujad üritanud avada hankemenetluslikku vaidlust, asudes positsioonile, et kahjunõude esitamine on lubamatu, sest hankija on rikkunud hankemenetluse korda ning pakkujaga ei oleks hankemenetluse õiguspärasel läbiviimisel saanud hankelepingut sõlmida.⁴ Sellele vastupidiselt on hankijad leidnud, et pakkuja ei saa pärast hankija otsuste vaidlustamistähtaegade möödumist tugineda hankemenetluses toimunud rikkumistele, sest hankija otsused on kehtivad ja siduvad.

Eeltoodust lähtuvalt on käesoleva magistritöö üldiseks eesmärgiks selgitada hankija kahjuhüvitise nõude regulatsiooni ja tuvastada hankija kahjuhüvitise nõude eeldused eduka pakkuja pakkumuse tagasivõtmise või hankelepingu sõlmimisest keeldumise puhul ning selgitada võimalikke vastuväiteid sellele nõudele.

Autorile teadaolevalt on Eesti õiguskirjanduses kahjuhüvitise nõudeid hankemenetluses varasemalt käsitletud T. Tähe⁵ ja K. Saar.⁶ Hankija eduka pakkumuse tagasivõtmisest tulenev kahjuhüvitise nõue ei ole aga leidnud nende töödes käsitlust. Põgusalt on hankija

¹ Riigihangete seadus. – RT I 2007, 15, 76... RT I, 25.10.2016, 20.

² Vt nt RKTko 3-3-1-58-06, p 3; RKTko 3-2-1-56-13, p 2; TlnRnK 09.11.2016 otsus tsiviilasjas nr 2-16-216, lk 3; VAKO 08.12.2010 otsus nr 239-10/-, p 3.3; Harju Maakohtu 22.02.2017 otsus tsiviilasjas nr 2-15-9421, p 3 (jõustumata kohtuotsus, koopia autori valduses).

³ Vt nt Harju Maakohtu 22.02.2017 otsus tsiviilasjas nr 2-15-9421, p 17-18.

⁴ Samas, p 21.

⁵ T. Tähe. Kahju hüvitamine riigihankemenetluses toimunud rikkumise korral. Magistritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond 2015. T. Tähe on oma töös keskendunud pakkuja kahjuhüvitise nõudele hankija vastu.

⁶ K. Saar. Vaidlustamine riigihankemenetluses. Magistritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond 2014. K. Saar on oma magistritöös põgusalt analüüsinud hankija kahjuhüvitise nõuet pakkuja vastu, kes on pahatahtlikult vaidlustanud hankemenetluses tehtud otsuseid. Vt lk 59-63.

kahjuhüvitise nõuet puudutanud D. Minumets ja P. Kulm oma riigihankeõiguse käsiraamatus.⁷ Rahvusvahelises õiguskirjanduses on tehtud põhjalikke analüüse peaaesjalikult pakkuja, aga mitte hankija kahjuhüvitise nõude kohta.⁸ Samuti on hankija kahjuhüvitise nõude osas vähe riigisisest kohtupraktikat. Seega puudub põhjalikum õiguslane kirjandus ja kohtupraktika hankija kahjuhüvitise nõude kohta, mistõttu on selle temaatika käsitlemine vajalik.

Hankija kahjuhüvitise nõude temaatika on päevakohane ka tulenevalt sellest, et riigihankemenetluse üheks peamiseks eesmärgiks on riigi rahaliste ressursside eest optimaalseima tulemuse saavutamine. Eduka pakkumuse tagasivõtmisel või hankelepingu sõlmimisest keeldumisel kaotab hankija võimaluse saavutada parim võimalik tulemus. See teema on leidnud põgusalt kajastust ka ajakirjanduses.⁹

Teema aktuaalsus väljendub ka selles, et magistritöö kirjutamise hetkel on Riigikogu menetlemas uut riigihangete seaduse eelnõu¹⁰ (uue RHS-i eelnõu), mis näeb muuhulgas ette ka mõningaid muudatusi hankija kahjuhüvitise nõude osas. Lisaks on hankija kahjunõude eestikeelne teemakäsitus vajalik, et pakkujatel ja hankijatel oleks tulevikus selgem ülevaade võimaliku kahjunõude perspektiivikusest.

Praktikas vaidlustes tõusetunud küsimustest ning magistritöö eesmärgist lähtuvalt püstitab autor kolm hüpoteesi: (1) hankija kahjunõude eriregulatsioon riigihangete seaduses on vajalik ehk olemasolevast võlaõiguslikust ning pakkumuse tagatise regulatsioonist ei piisa taotletavate eesmärkide saavutamiseks; (2) hankijal on õigus nõuda eduka pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud kahju ka juhtudel, mil pakkuja võtab pakkumuse tagasi enne edukaks tunnistamist ja (3) pakkujal, kelle vastu on kahjuhüvitise nõue esitatud, on vaatamata hankija otsuste siduvusele, õigus tugineda riigihankemenetluse nõuete rikkumisele juhul, kui puudus alus sellise pakkuja edukaks tunnistamiseks.

Tulenevalt magistritöö eesmärgist ja püstitatud hüpoteesides keskendub autor järgmistele uurimisküsimustele:

⁷ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 435-439.

⁸ Vt nt H. Schebesta. Damages in EU Public Procurement Law. Springer 2016. S. Treumer. Damages for breach of the EC public procurement rules - changes in European regulation and practice. P.P.L.R. 2006, 4, 159-170.

⁹ Vt nt U. Jaagant. Alt hüpanud kuulivestitamija saab veerand miljonit eurot trahvi. EPL 16.04.2015 Arvutivõrgus: <http://www.err.ee/533328/alt-hupanud-kuulivestitamija-saab-veerand-miljonit-eurot-trahvi> (01.05.2017). M. Kuul. Ajahäda kuulivestide ostmisel läheb kaitsevæele maksma üle miljoni euro. ERR 13.02.2015. Arvutivõrgus: <http://epl.delfi.ee/news/eesti/ajahada-kuulivestide-ostmisel-laheb-kaitsevæele-maksma-ule-miljoni-euro?id=70781061> (01.05.2017).

¹⁰ Riigihangete seaduse eelnõu (SE 204) 10.04.2017 seisuga. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus> (01.05.2017).

- (1) Millised on hankija kahjuhüvitise nõude regulatsiooni allikad ning kas see on reguleeritud Euroopa Liidu õigusaktidega?
- (2) Kas hankija saab tugineda riigihangete seaduse kahjuhüvitise regulatsioonile ka pärast hankelepingu sõlmimist ning millal loetakse hankeleping sõlmituks?
- (3) Millised on hankija alternatiivsed kahjuhüvitise nõude alused pakkumuse tagasivõtmise puhul ning kuidas need suhestuvad riigihangete seaduses sätestatud kahjunõude alusega?
- (4) Mis on hankija kahjuhüvitise nõude otstarve ja seadusandja eesmärk selle kehtestamisel?
- (5) Mille poolest erinevad hankija alternatiivsed kahjuhüvitise nõude alused ja pakkumuse tagatise regulatsioon riigihangete seadusest tuleneva hankija kahjuhüvitise nõudest?
- (6) Kuidas tuleb pakkuja pakkumuse tagasivõtmisele või hankelepingust keeldumisele viitavaid tahteavaldusi tõlgendada ning millises vormis tuleb neid tahteavaldusi teha?
- (7) Millised on hankija kahjuhüvitise nõude täiendavad eeldused ja hüvitatava kahju ulatus?
- (8) Kas pakkumuse tagasivõtnud pakkujal on õigus vaidlustada hankija otsuseid?
- (9) Kas pakkumuse tagasivõtnud pakkuja saab tugineda hankija otsuste õigusvastasusele pärast vaidlustamise tähtaja möödumist ning kas üldkohus saab tuvastada hankija otsuste õigusvastasust?

Magistritöös piirdatakse üksnes RHS §-s 53 sätestatud nõude analüüsimisega. Selle nõude vajalikkuse kontekstis analüüsitakse küll ka teisi võimalike kahjunõude aluseid, kuid ei minda nende analüüsimisega süvitsi. Kuigi RHS § 53 reguleerib nii pakkumuse tagasivõtmise kui ka hankelepingu sõlmimisest keeldumise tagajärge, ei puuduta paljud eespool märgitud uurimisküsimused hankelepingu sõlmimisest keeldumise temaatikat. Seetõttu viidatakse lihtsuse huvides magistritöös enamasti üksnes pakkumuse tagasivõtmisele. Magistritöös ei käsitleta eraldi kaitse- ja julgeoleku valdkonna hankemenetluse käigus tekkivat hankija kahjuhüvitise nõuet,¹¹ kuivõrd see nõue on seotud rangelt riigisaladuse juurdepääsuloa või salastatud välisteabe juurdepääsusertifikaadi puudumise tõttu pakkuja kvalifitseerimata jätmisega. Kuivõrd magistritöös keskendutakse pakkumuse tagasivõtmisest ja hankelepingu sõlmimisest keeldumisel tekkiva kahjunõudega, siis ei käsitleta hankija kahjuhüvitise nõuet, mis tekib pakkuja poolt teadvalt valeandmete või võltsitud dokumentide esitamisest.¹² Magistritöö rõhuasetus on pakkumuse tagasivõtmise tagajärgedel RHS § 53 kontekstis ning eraldiseisvalt ei analüüsita pakkumuse tagatise realiseerimisega seonduvaid õiguslikke probleeme.

¹¹ RHS § 103¹⁰ lg-d 6-8.

¹² RHS § 116.

Magistritöö puhul on tegemist teoreetilise uurimisega, milles kasutatakse uurimismeetodina süstemaatilist, analüütilist, ajaloolist ning võrdlevat meetodit. Peamisteks allikateks on Eesti Vabariigi õigusaktid ja kohtupraktika. Õiguskirjandusest on kasutatud võrdlevalt pakkuja kahjunõude hüvitamise kohta kirjutatud teoseid, ennekõike H. Schebesta teost „*Damages in EU Public Procurement Law*“ ning teemakohaseid artikleid ajakirjast *Public Procurement Law Review* ning *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. Võrdleva meetodina on Eesti riigisese õiguse paremaks arusaamiseks¹³ analüüsitud Saksa õigust. Autor valis võrdluseks Saksa õiguse, sest magistritöö uurimisküsimused puudutavad paljuski eraõiguse institute ja regulatsioone, mille kehtestamisel Eesti eraõiguses oli üheks peamiseks eeskujuks¹⁴ Saksa õigus, mis kuulub koos Eesti õigusega Mandri-Euroopa õigussüsteemi. Samuti on Saksamaa üks väheseid riike, kes on magistritöö kirjutamise ajaks uutest hankedirektiividest ajendatuna ajakohastanud oma riigihankeõiguslikke õigusakte. Saksamaa valikul võrdlusriigiks mängis olulist rolli ka Tartu Ülikooli poolt tagatud hea ligipääs saksakeelsele õiguskirjandusele ning kohtupraktikale. Allikatena on, lisaks Saksa õigusaktidele ja kohtupraktikale, kasutatud Saksa riigihanke alaste õigusaktide ja tsiviilseadustiku kommentaare ning teadusartikleid.

Lähtuvalt magistritöö eesmärgist, püstitatud hüpoteesidest ja uurimisküsimustest on töö jaotatud kolme peatükki. Esimeses peatükis kirjeldatakse hankija kahjuhüvitise nõude kujunemist riigihangete seaduses, analüüsitakse nõude regulatsiooni allikad ning hinnatakse selle vajalikkust. Vajalikkuse hindamisel selgitatakse esmalt, millised võiksid olla alternatiivsed alused hankija kahjuhüvitise nõudele eduka pakkumuse tagasi võtmise puhul ning milline on alternatiivsete nõuete ja riigihangete seaduses sätestatud nõude omavaheline hierarhia. Seejärel analüüsitakse RHS §-s 53 sätestatud eriregulatsiooni funktsioone ning seadusandja eesmärke selle kehtestamisel, millest lähtuvalt vastatakse küsimusele, kas need funktsioonid ja eesmärgid ei ole sama efektiivselt saavutatavad alternatiivsete nõuete ja pakkumuse tagatise regulatsiooniga.

Teises peatükis käsitleb autor hankija kahjuhüvitise nõude eeldusi RHS § 53 alusel. Olulisimaks eelduseks on pakkumuse tagasivõtmine. Pakkumuse tagasivõtmine on lubatud ning RHS § 53 regulatsioon ei kohaldu juhul, kui pakkuja võtab pakkumuse tagasi enne pakkumuste esitamise tähtaega.¹⁵ Küll aga tõusetub küsimus RHS § 53 rakendumisest

¹³ Vt võrdleva õigusteaduse meetodi eesmärkide ja kasu kohta, J. M. Rainer. *Introduction to Comparative Law*. MANZ Verlag Wien 2010, lk 52-57.

¹⁴ I. Kull. *The Codification of Private Law in Estonia*. - J.C. Rivera (koost). *The Scope and Structure of Civil Codes*. Springer 2014, lk 133-153.

¹⁵ RHS § 43 lg 2.

olukordadele, milles pakkuja on võtnud pakkumuse tagasi küll pärast pakkumuse esitamise tähtaega, aga enne edukaks tunnistamise otsust. Selles peatükis analüüsib autor, kas pakkujad saavad tugineda kahjuhüvitise nõude tõrjumiseks väitele, et kahjunõuet ei saa esitada, kui pakkumus on tagasi võetud enne pakkumuse edukaks tunnistamist. Lisaks selgitab autor, kuidas tuleb tõlgendada pakkujate tahteavaldusi, mis viitavad pakkumuse tagasivõtmisele, kuid mis pakkujate endi sõnul ei kätkenud endas pakkumuse tagasivõtmist. Täiendavalt selgitatakse, kas pakkujad saavad tugineda pakkumuse tagasivõtmise tahteavalduse vormipuudusele. Seejärel analüüsitakse teist kahjuhüvitise nõude eeldust – pakkumuse tagasivõtmist hankijast mitteoleneval põhjusel. Selleks käsitleb autor pakkuja võimalikke vastuväiteid pakkumuse tagasivõtmise põhjuste osas ning analüüsib pakkuja võimalust vabaneda vastutusest võlaõigusseaduse¹⁶ (VÕS) § 103 alusel. Viimasena käsitleb autor täiendavate kahjuhüvitise nõude eelduste kohaldamist VÕS § 127 alusel ning analüüsib hüvitatava kahju ulatust.

Kolmandas peatükis käsitletakse pakkuja õigust vaielda kahjuhüvitise nõudele vastu, tuginedes pakkuja vastavaks ja edukaks tunnistamise otsuste õigusvastasusele. Väide, et hankija on rikkunud hankemenetluse korda tuleb teemaks reeglina siis, kui hankija otsuste vaidlustamise tähtaeg on möödas ning hankeleping järgmisena edukaks tunnistatud pakkujaga on sõlmitud. Sellest johtuvalt on hankijate vastuargumendiks tihti väide, et pakkuja ei ole vaidlustanud hankija otsuseid ning neid ei ole võimalik enam kahjuhüvitise nõude vaidlusel ümber sisustada.¹⁷ Sellest tulenevalt analüüsitakse kolmandas peatükis: (1) pakkuja kaebeõigust vaidlustada tema suhtes tehtud otsuste vaidlustamiseks, (2) üldkohtu pädevust hinnata hankija otsuse õiguspärasust ning (3) õiguslikke aluseid, millele pakkuja saab tugineda hankija otsuse õigusvastasusele, kui ta ei ole varasemalt neid otsuseid vaidlustanud.

Tööd iseloomustavad märksõnad on: riigihanked, hankemenetlus, kahju hüvitamine.

¹⁶ Võlaõigusseadus. - RT I, 31.12.2016, 7.

¹⁷ Vt HMK 22.02.2017 otsus (jõustumata)tsiviilasjas nr 2-15-9421, p 7 ja 36.

1. HANKIJA KAHJUHÜVITISE NÕUDE ALUS NING VAJALIKKUS

1.1. Kahjuhüvitise nõude allikad

Pakkumuse tagasivõtmise tagajärgi hankemenetluses reguleerib riigihangete seadus. Riigihangete seaduse varasemad redaktsioonid reguleerisid küll hankemenetluse jätkumist olukorras, kus edukaks tunnistatud pakkuja keeldub hankelepingu sõlmimisest,¹⁸ kuid ei reguleerinud hankija kahjuhüvitise nõuet pakkumuse tagasivõtmise või hankelepingu sõlmimisest keeldumise puhul. Küll aga nägi juba 1995. aastal vastu võetud RHS¹⁹ § 17 lg 3 ette hankija õiguse jätta pakkumuse tagatis tagastamata, kui pakkuja võtab pakkumuse selle jõusoleku tähtaja jooksul tagasi või pakkuja keeldub sõlmimast hankelepingut, mis vastab tema poolt esitatud pakkumusele. Seega on seadusandja alates taasiseseisvunud Eesti Vabariigi esimesest riigihangete seadusest pidanud vajalikuks reguleerida pakkumuse tagasivõtmise ja hankelepingu sõlmimisest keeldumise tagajärgi tagatise instituudi kaudu, kuid ei näinud seaduste väljatöötamisel esialgu ette eraldi kahjuhüvitisnõude alust.

Pakkumuse tagasivõtmise puhul tekkiv kahjunõude alus lisati kehtival kujul seadusesse 2007. aastal.²⁰ Esialgne 2007. a RHS-i eelnõu ei sisaldanud eduka pakkumuse tagasivõtmise korral hankija õigust nõuda kahju hüvitamist, vaid sarnaselt 1995. a RHS-le kehtestati hankijale võimalus nõuda pakkujalt tagatist, mis pidi tagama pakkuja poolt hankemenetluse käigus kohustuste täitmata jätmisega, sh pakkumuse tagasivõtmisega, tekitatud kahju.²¹ Eraldiseisev hankija kahjuhüvitise nõude alus lisati seaduse eelnõu lugemise käigus, kuid selle muudatuse põhjendusi Riigikogu istungitel ei esitatud.²² Hetkel Riigikogus teise lugemise läbinud RHS-i eelnõu sisaldab kehtiva RHS §-ga 53 peaaegu identset regulatsiooni,²³ mille kohaselt võib hankija nõuda kahjuhüvitist, kui edukas pakkuja võtab hankijast mitteolenevatel põhjustel oma pakkumuse tagasi või ei allkirjasta hankija antud tähtaja jooksul hankelepingut.

Eesti riigihankeõigus on üldjuhul mõjutatud Euroopa Liidu (EL) direktiividest. Seetõttu on kahjuhüvitise nõude allikate analüüsimisel oluline leida vastus küsimusele, kas ja kuidas tuleb RHS-i hankija kahjunõude regulatsiooni tõlgendamisel arvesse võtta EL-i direktiive ja

¹⁸ Riigihangete seadus. - RT I 2000, 84, 534...RT I 2007, 15, 76.

¹⁹ Riigihangete seadus. - RT I 1995, 54, 883... RT I 1997, 1, 1.

²⁰ Riigihangete seadus RT I 2007, 15, 76.

²¹ Riigihangete seaduse eelnõu (816 SE) seletuskiri, lk 101. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ff0da466-2563-38ef-a7d7-a0a7f3525acb/Riigihangete%20seadus%C2%B9> (01.05.2017).

²² Riigihangete seaduse eelnõule (816 SE) tehtud muudatusettepanekutes ega Riigikogu istungite stenogrammidest ei kajastu otseselt RHS § 53 lg-te 3-4 seadusesse lisamise tagamaid. Arvutivõrgus: <http://stenogramm.riigikogu.ee/et/200606071300#PKP-2000013125> (01.05.2017).

²³ Riigihangete seaduse eelnõu seisuga 12.04.2017 (204 SE) § 119. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus> (01.05.2017).

Euroopa Liidu Kohtu (EK) tõlgendusi kahjuhüvitise kohta riigihankemenetluses toimunud rikkumise puhul.

EL-i tasandil reguleerivad riigihankeõiguses kohaldatavaid õiguskaitsevahendeid õiguskaitsemeetmete direktiivid: direktiiv 89/665/EMÜ,²⁴ direktiiv 92/13/EMÜ²⁵ ning direktiiv 2007/66/EÜ,²⁶ millega muudeti eelnevaid direktiive. Direktiivi 89/665/EMÜ artikkel 2 lg 1 (c) ja direktiiv 92/13/EMÜ artikkel 2 lg 1 (d) näevad liikmesriikidele ette kohustuse tagada kahjutasu maksmine riigihankemenetluse regulatsiooni rikkumiste eest. Õiguskaitsemeetmete direktiivid on kahjunõude osas napolisõnalised,²⁷ mistõttu tekib küsimus, kas õiguskaitsemeetmete direktiivid kohalduvad ka hankija võimalikele kahjuhüvitise nõuetele. Autori hinnangul tuleb vastata sellele küsimusele eitavalt. Õiguskaitsemeetmete direktiivide eesmärk on tagada riigihankehankedirektiivide²⁸ reguleerimisalasse jäävate hankelepingute sõlmimise läbivaatamise kord.²⁹ EL-i riigihankedirektiivides sätestatud korra järgimist tagatakse vaidlustamiskorra kehtestamise ning õiguskaitsevahendite reguleerimise kaudu.³⁰ Õiguskaitsemeetmete direktiividega nähakse ette lepingueelsed ja lepingujärgsed õiguskaitsevahendid.³¹ Lepingueelseteks õiguskaitsevahenditeks on näiteks hankemenetluse peatamine. Lepingujärgseks õiguskaitsevahendiks on hankelepingu tühisuse tuvastamine ning kahju hüvitamine, mille eesmärk on pakkuda kompensatsiooni puudutatud isikutele, keda on

²⁴ Euroopa Nõukogu 21.12.1989. a direktiiv nr 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. – EÜT L 395, 30.12.1989.

²⁵ Euroopa Nõukogu 25.02.1992. direktiiv nr 92/13/EMÜ, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 076, 23.03.1992.

²⁶ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.12.2007. a direktiiv nr 2007/66/EÜ millega muudetakse direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (EMPs kohaldatav tekst). – ELT L 335, 20.12.2007.

²⁷ Vt H. Schebesta. Damages in EU Public Procurement Law. Springer 2016, lk 19.

²⁸ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta EMPs kohaldatav tekst. - ELT L 94, 28.3.2014; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta EMPs kohaldatav tekst. - ELT L 94, 28.3.2014; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihanked ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ EMPs kohaldatav tekst. - ELT L 94, 28.3.2014.

²⁹ Direktiivi 2007/66/EÜ põhjenduste p 34. Direktiiv 2007/66/EÜ viitab küll varasematele riigihankedirektiividele, kuid uute riigihankedirektiivide kohaselt tõlgendatakse viiteid varasematele riigihankedirektiividele viidetena uute riigihankedirektiividele. Vt nt direktiiv 2014/24/EL art 91.

³⁰ Vt European Commission. Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts. Final Study Report. MARKT/2013/072/C, lk 15. Arvutivõrgus: <http://bookshop.europa.eu/en/economic-efficiency-and-legal-effectiveness-of-review-and-remedies-procedures-for-public-contracts-pbKM0414024/> (01.05.2017).

³¹ H. Schebesta. Damages in EU Public Procurement Law. Springer 2016, lk 25. Vt täiendavalt õiguskaitsevahendite liigitamise kohta: T. Tähe. Kahju hüvitamine riigihankemenetluses toimunud rikkumise korral. Magistritöö. Tallinn 2015, lk 8-9.

rikkumine mõjutanud olukorras, kus hankeleping on juba sõlmitud.³² Nii lepingueelsed kui lepingujärgsed õiguskaitsevahendid on oma olemuselt suunatud hankemenetluses tehtud hankija tegevuse või otsustest tulenevate rikkumiste ärahoidmiseks või rikkumisest tulenevate kahjude kompenseerimiseks. Seda, et õiguskaitsemeetmete direktiivid reguleerivad pakkujate kahjuhüvitisnõudeid, kinnitavad näiteks direktiivide 92/13/EMÜ ja 89/665/EMÜ art 1 lg-d 2-3³³ ning direktiivi 92/13/EMÜ art 2 lg 7.³⁴ Viidatud sätetest nähtub, et nende suunitlus on pakkujate, mitte hankijate, õiguste tagamine. Seega on õiguskaitsemeetmete direktiividest järeldatav, et liikmesriikidel on kohustus tagada kahjuhüvitise nõue just pakkujatele, mitte hankijatele. Ka õigusosalases kirjanduses on ennekõike väidetud, et hankemenetluses tekkiv kahjuhüvitise nõue on õiguskaitsemeetmete direktiivides piiritletud üksnes isikutega, kes on majanduslikult kannatanud hankijapoolse rikkumise tõttu.³⁵

Õiguskaitsemeetmete direktiividega on kehtestatud liikmesriikidele üksnes vaidlustamise miinimumnõuded, mis peavad olema riigisiseses õiguses tagatud.³⁶ EK on direktiivi 89/665 osas leidnud, et see ei sätesta sõnaselgelt õiguskaitsevahendite ulatust, mille liikmesriigid peavad looma, et tagada direktiivist tulenevate reeglite täielikku ja tõhusat kohaldamist.³⁷ Õiguskaitsemeetmete napolisõnalisus kahjuhüvitamise nõude osas on taotluslik³⁸ ning kahju hüvitamise regulatsioon on jäetud liikmesriikide menetlusautonoomia põhimõttest tulenevalt riigisisese õiguse otsustada ulatuses, mis ei ole õiguskaitsemeetmete direktiividega sõnaselgelt reguleeritud.³⁹ Kuivõrd õiguskaitsemeetmete direktiivid ei näe ette kohustust tagada kahjuhüvitise nõue hankijatele, siis on sellise nõude reguleerimine riigisisese õiguse küsimus. Eeltoodust järeldub, et õiguskaitsemeetmete direktiivid ei kohaldu riigisiseses

³² H. Schebesta. *Damages in EU Public Procurement Law*. Springer 2016, lk 27. European Commission. *Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts*. Final Study Report. MARKT/2013/072/C, lk 20.

³³ Direktiivide 92/13/EMÜ ja 89/665/EMÜ art 1 lg 2 sätestavad liikmesriikide kohustuse tagada võrdne kohtlemine pakkujatele (ettevõtjatele), kes võivad esitada kahjunõude seoses pakkumismenetlusega. Direktiivide 92/13/EMÜ ja 89/665/EMÜ art 1 lg 3 näeb ette liikmesriigi kohustuse tagada läbivaatamise kord isikutele, kellel on või on olnud huvi konkreetse lepingu vastu või kes on väidetava rikkumise tõttu kahju kannatanud või võivad kannatada. Läbivaatamise kord on suunatud hankemenetluses toimepandud rikkumiste kontrollimiseks, mistõttu ei ole huvitatud isikuks mitte hankija vaid pakkujad või hankelepingust huvitatud isikud.

³⁴ Direktiiv 92/13/EMÜ art 2 lg 7 sätestab tõendamiskoormise pakkujale, kes nõuab kahju pakkumuse ettevalmistamise või pakkumismenetluses osalemise kulude näol.

³⁵ C. Bovis. *Access to Justice and Remedies in Public Procurement*. EPPPL 3, 2012, lk 200-201.

³⁶ H. Schebesta. *Damages in EU Public Procurement Law*. Springer 2016, lk 22. EKo 27.02.2003, C-327/00, *Santex SpA*, p 47, EKo 19.06.2003 C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*, p 45 ja EKo 30.09.2010, C-314/09, *Stadt Graz*, p 33.

³⁷ EKo 18.06.2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-GmbH (HI)*, p 58.

³⁸ Vt H. Schebesta. *Damages in EU Public Procurement Law*. Springer 2016, lk 27. H. Schebesta seisukohalt jättis Euroopa Komisjon taotluslikult direktiiviga 2007/66/EL kahju hüvitamise regulatsiooni muutmata, põhjusel, et see õiguskaitsevahend on liiga problemaatiline ning potentsiaalselt väljaspool EL-i seadusandlikku pädevust.

³⁹ H. Lefler. *Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions*. P.P.L.R. 2003, 4, lk 152. Vt ka T. Tähe. Kahju hüvitamine riigihankemenetluses toimunud rikkumise korral. Magistritöö. Tallinn 2015, lk 12 ja selles viidatud kohtujurist P. C. Villalon arvamus, EKo 09.12.2010, C-568/08, *Spjiker*, kohtujurist P. C. Villalóni arvamus, p 94-96.

õiguses kehtestatud hankija kahjuhüvitise nõude regulatsioonile, sest kõnealused direktiivid kohustavad tagama kahjunõudeid pakkujatele. Samas ei takista EL-i õigus liikmesriikidel kehtestada aluseid hankija kahjuhüvitisnõuete esitamiseks. Kuna hankija kahjuhüvitisnõue ei ole reguleeritud õiguskaitsemeetmete direktiividega, siis ei ole liikmesriigile kohustuslik hankija kahjuhüvitisnõuete eelduste ja ulatuse õiguspärasuse hindamisel lähtuda ka EK praktikast. Sellest tulenevalt ei pea Eesti kohtud lähtuma hankija kahjuhüvitise nõude hindamisel näiteks EK seisukohast, et kahjunõude esitamise eelduseks ei tohi olla rikkuja süülisus.⁴⁰

Lisaks EL-i õigusele on riigihankeõiguses üheks õigusallikaks ka Maailma Kaubandusorganisatsiooni (WTO) 1994. a sõlmitud riigihankeleping (GPA),⁴¹ millega Eesti Vabariik on ühinenud EL-i kaudu. GPA kehtestab miinimumnõuded riigisisesele hankemenetluse vaidlustamise korrale, mille GPA-ga ühinenud riigid peavad tagama.⁴²

Redigeeritud GPA art XVIII (1) lg 1 kohaselt peavad riigid tagama administratiivse või kohtuliku vaidlustamismenetluse korra, mis võimaldab varustajal⁴³ vaidlustada GPA rikkumisi, mis on toime pandud hankemenetluses, mille vastu varustajal on või oli huvi. Muu hulgas peab GPA-ga ühinenud riik GPA art XVIII (1) lg 7 alusel kehtestama korra, mis võimaldab nõuda kompensatsiooni kahjude eest, mida on kantud XVIII (1) lg-s 1 nimetatud rikkumise tõttu. Sama sätte kohaselt võib selline kahju olla piiratud pakkumuse koostamise kuludega või vaidlusega seonduvate kuludega või mõlema kuluga. Järelikult reguleerib GPA sarnaselt õiguskaitsemeetmete direktiividega üksnes pakkuja kahjuhüvitamise nõuet. Sellest tulenevalt ei ole GPA Eesti riigisiseses õiguses kehtestatud hankija kahjuhüvitise nõude allikaks. GPA ei sea ka piiranguid lepinguga ühinenud riikidele kehtestada hankijatel kahjuhüvitise nõudeid pakkujate vastu, kuivõrd see on suunatud pakkujatele hankemenetluse vaidlustamise tagamiseks.

Eeltoodust järeldub, et hankija kahjuhüvitise nõue eduka pakkumuse tagasivõtmisel või hankelepingu sõlmimisest keeldumisel ei tulene EL-i õigusest ega GPA-st, sest nii

⁴⁰ EKo 30.09.2010, C-314/09, *Stadt Graz*, p 30-45.

⁴¹ World Trade Organisation. Agreement on Government Procurement, 1994. Arvutivõrgus: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm (01.05.2017). Seda redigeeriti 2014. a jõustunud redaktsiooniga: World Trade Organisation. Revised Agreement on Government Procurement, 2012. Arvutivõrgus: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm (01.05.2017).

⁴² Vt GPA õiguskaitsemeetmete kohta lähemalt. X. Zhang. Constructing a system of challenge procedures to comply with the Agreement on Government Procurement. - S. Arrowsmith, R. D. Anderson (koost). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*. Cambridge University Press 2011, lk 483-510.

⁴³ GPA-s kasutatakse terminit „*supplier*“, mis GPA art-s I toodud mõiste kohaselt tähendab isikut või isikute gruppi, kes varustavad või võiksid varustada kaupa või osutavad või võiksid osutada teenust. EL-i riigihankeõiguse mõttes on tegemist „ettevõtjaga“ direktiivi 2014/24/EL art 2 lg 1 p 10 tähenduses või „pakkujaga“ RHS § 12 lg 1 ja lg 3 tähenduses.

õiguskaitsemeetmete direktiivid kui ka GPA reguleerivad pakkujate kahjuhüvitise nõudeid. Tulenevalt EL-i õiguse menetlusautonoomia printsibist on liikmesriigi pädevuses kehtestada kahju hüvitamise kord riigihankemenetluses toimunud rikkumiste puhuks, mistõttu on hankija kahjuhüvitamise nõude aluse kehtestamine riigisisese õiguse küsimus.

1.2. Hankija kahjuhüvitise nõude eriregulatsiooni otstarve

Pakkumuse tagasivõtmise puhul tekkiv kahjunõude alus lisati kehtival kujul seadusesse 2007. aastal ning eelnõu seletuskiri ei selgita selle regulatsiooni tagamaid. 2007. a RHS-i seaduseelnõu lugemistel nenditi, et seni kehtinud RHS-i järgi esines olukordi, milles ettevõtjad esitavad erinevate isikute alt erinevaid pakkumusi ning hiljem pakkumustest loobutakse ja saavutatakse enda jaoks parim tulemus. Selle probleemiga seonduvalt tõstatati küsimus, kas 2007. a RHS-i eelnõu sätestab ka sanktsioone või kahjude hüvitamist olukorras, kus pakkumisest loobutakse pärast selle esitamist.⁴⁴ Selle küsimusele vastas toleaegne majanduskomisjoni esimees, et kui pakkujal puudub arvestatav põhjus pakkumuse tagasivõtmiseks, siis võib hankija algatada vaidluse või sanktsioonide esitamise nõude.⁴⁵ Samuti käsitleti 2007. a RHS-i eelnõu menetlemise käigus seda, kuidas riik kaitseb nii tsiviilkäivet kui ka enda huvi nõ petispakkujate eest, kes loovad eksimuse tellijale ning küsiti, kas eelnõu käsitleb tervikuna kuidagi hangetes osalevaid petiseid läbivalvalt.⁴⁶ Pakkumuse tagasivõtmisest tulenev kahjunõude alus lisati seadusesse 2007. a RHS-i eelnõu lugemise käigus.⁴⁷ Seega võib oletada, et seadusandaja eesmärk oli esiteks ära hoida ja sanktsioneerida olukordi, milles pakkujad teevad teadlikult mitu pakkumust, et mõne pakkumuse loobumise kaudu enda jaoks parim tulemus saavutada ning teiseks kaitsta tsiviilkäivet ja riigi kui hankija huve mittetõsiste pakkumuste eest.

Eeltoodut toetab ka see, et alates 2015. a tunnistati kehtetuks RHS § 112, mis nägi ette väärtekaristuse pakkumuse esitamise eest ilma kindla kavatsuseta sõlmida hankeleping.⁴⁸ Kehtetuks tunnistamist põhjendati peamiselt sellega, et RHS § 53 lg 2 võimaldab eduka pakkumuse esitanud pakkujalt, kes keeldub hankelepingu sõlmimisest, nõuda kahju hüvitamist, mistõttu puudub vajadus eraldi väärtevastutuse kohaldamiseks sellisele

⁴⁴ X Riigikogu stenogramm VII istungjärk, 07.06.2006, p 20. Riigihangete seaduse eelnõu (816 SE) teine lugemine, T. Kõivu küsimus. Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/200606071300#PKP-2000013125> (01.05.2017).

⁴⁵ Samas, M. Opmanni vastus T. Kõivu küsimusele.

⁴⁶ Samas, U. Reinsalu küsimus. Sellele vastas M. Opmann, et pakkujate kvalifitseerimiseks ja pakkumuste kvalifitseerimiseks on ette nähtud palju tingimusi ja nõudeid, millele need peavad vastama, enne kui pakkuja kvalifitseeritakse või pakkumus vastu võetakse. Vt samas, M. Opmanni vastus.

⁴⁷ Vt käesoleva töö ptk 1.

⁴⁸ Riigihangete seadus. RT I 2007,15,76; RT I, 15.03.2014, 74.

pakkujale.⁴⁹ Seega on seadusandja hilisemate seaduse muudatustega konkretiseerinud mõnevõrra oma eesmärgi. Tunnistades kehtetuks karistusõigusliku sanktsiooni pakkujatele, kes esitavad pakkumuse ilma kavatsuseta sõlmida hankeleping, on samaaegselt ka sisuliselt selgitatud, et RHS § 53 funktsiooniks on tagada tõsiseltvõetavate pakkumuste esitamine, nähes ette kahju hüvitamise kohustuse juhtudel, kui edukas pakkumus võetakse tagasi. Ka Rahandusministeerium on uue RHS-i eelnõu ettepanekutega seoses märkinud, et RHS v.r § 112 taas kehtestamine uues RHS-s ei ole otstarbekas, sest RHS § 53 näeb juba ette õiguse nõuda sellises olukorras kahju hüvitist ning et väärtekaristuse kui *ultima ratio* sätestamine saaks olla põhjendatud üksnes siis, kui õigusrikkumist ei ole võimalik muul viisil kõrvaldada või heastada.⁵⁰

RHS § 53 regulatsiooni üheks eesmärgiks on kahtlemata hankijale eduka pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud kahju sissenõudmise lihtsustamine. Hankija ei pea hakkama tõendama midagi muud, peale selle, et pakkuja võttis eduka pakkumuse tagasi ning hankija tunnistas edukaks järgmise pakkumuse, mis oli suurema maksumusega. Samas on Riigikohus pakkumuse tagatise osas leidnud, et kahjude osaline või täielik hüvitamine ei ole tagatise regulatsiooni ammendav eesmärk, vaid tulenevalt RHS § 1 lg-st 1 on tagatise kõige olulisemaks eesmärgiks kindlustada ausa ja läbipaistva riigihanke läbiviimine. Riigikohus leidis, et pakkumismenetluse ausaks ja läbipaistvaks korraldamiseks on vajalik tagada reaalse pakkumuste esitamine ja nende jõusolek, et riigihanke korraldajal säiliks võimalus valida kõige soodsam pakkumine ning täpsustas, et pakkumise tagatis on vajalik selleks, et riigihankemenetluses osaleksid võitmisest tõsiselt huvitatud pakkujad, mis tagaks tulemusliku pakkumismenetluse.⁵¹ Kuigi pakkumuse tagatise ja hankija kahjuhüvitise nõude kohaldumise eeldused on erinevad, on autori hinnangul võimalik viidatud Riigikohtu seisukohti kasutada analoogselt RHS §-s 53 sätestatud kahjunõude funktsiooni selgitamiseks, kuivõrd mõlemad on kohaldatavad olukorras, kus pakkumus on tagasi võetud. Seega on RHS § 53 otstarbekas ka tagada reaalse pakkumuste esitamine, mille kaudu tagatakse hankemenetluse aus ja läbipaistev läbiviimine. Samuti, nagu 2007. a RHS-i eelnõu lugemise stenogrammidest nähtub, peeti vajalikuks kaitsta riigi huve mittetõsiste pakkumuste eest. Nii on reaalse pakkumuste esitamise kaudu kaitstud ka hankija rahaliste vahendite otstarbekas ja säästlik kasutamine.

⁴⁹ Karistusseadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu (554 SE) seletuskiri, lk 142-143. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/78433b29-8b2f-4281-a582-0efb9631e2ad/> (01.05.2017).

⁵⁰ Vt riigihangete seaduse eelnõu (SE 204) seletuskirja lisa 2, lk 93-94.

⁵¹ RKHKo 3-3-1-58-06, p 13.

Järeldust, et RHS § 53 üheks otstarbeks on ära hoida hankelepingu sõlmimise kavatsuseta pakkujate osalemist kinnitab ka õiguskirjandus. Pakkumuse tagasivõtmise korral peab pakkuja arvestama selle kohustuse rikkumise suhtes RHS §-des 34 ja 53 sätestatud sanktsioonidega, mille eesmärk on tagada pakkujate tegevuse heauskus pakkumuse esitamisel ja hankija õigustatud ootus pakkumuse kehtivusele esitatud kujul kogu selle jõusoleku aja vältel.⁵²

Hankija kahjuhüvitise nõude otstarve võib olla ka pakkujate omavaheliste keelatud kokkulepete ärahoidmine hankemenetluses.⁵³ OECD soovitusel hankemenetluse manipulatsiooniga võitlemiseks on ühe levinud manipulatsiooni viisina kirjeldatud nn pakkumuste mahasurumist (*bid suppression*), mille käigus ettevõtjad lepivad kokku, kas pakkumuse esitamisest hoidumises või varasemalt esitatud pakkumuse tagasivõtmises selleks, et omavahel kokkulepitud ettevõtja võidaks hanke.⁵⁴ Kuigi konkurentsi kahjustavad kokkulepped on eraldi karistatavad KarS-i⁵⁵ alusel, võib järeldada, et kahjunõude erinormi kehtestamisel on seadusandja silmas pidanud ka selle regulatsiooni preventiivset funktsiooni, mis peaks aitama ära hoida hankemenetlusega manipuleerimist.

Eeltoodust tulenevalt saab järeldada, et riigihangete seaduses sätestatud hankija kahjuhüvitise nõude erinormi kehtestamise otstarbeks on lihtsustada hankijale eduka pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud kahju hüvitamist ning tagada reaalsete pakkumuste esitamine. Oluline on tagada, et hankemenetluses osaleksid hankelepingust tõeliselt huvitatud pakkujad, mitte isikud, kel puudub tegelikult kavatsus sõlmida hankeleping. Seadusandja on kehtestanud preventiivse mõjutusvahendina pakkuja kahju hüvitamise kohustuse juhaks, kui pakkuja ei suuda tagada esitatud pakkumuse paikapidavust või reaalselt täitmist ning loobub seetõttu pakkumusest. Samuti võib kõnealuse hankija kahjuhüvitise nõude otstarbeks olla kõrvaldada pakkujate omavahelised keelatud kokkulepped, kõrgema eesmärgiga tagada hankemenetluse ausus ja läbipaistvus ning selle kaudu ka konkurentsi tekkimine ja võrdne kohtlemine.⁵⁶

1.3. Hankija kahjuhüvitise nõude eriregulatsiooni vajalikkus

Selleks, et hinnata RHS-s sätestatud kahjuhüvitise nõude aluse vajalikkust ning selle kohta eraõiguslike õiguskaitsevahendite süsteemis tuleb analüüsida, millised võivad olla

⁵² Vt D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 258 ja seal viidatud VAKO praktika.

⁵³ Vt täpsemalt OECD Council 17.07.2012 Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement. Arvutivõrgus:

<http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm> (01.05.2017).

⁵⁴ Samas, lk 6.

⁵⁵ Karistusseadustik. – RT I 2001, 61, 364 ... RT I, 31.12.2016, 14.

⁵⁶ Vt RKKHo 3-3-1-58-06, p 13.

alternatiivsed alused, millele tuginedes saaks hankija esitada kahjuhüvitise nõude tulenevalt pakkumuse tagasivõtmisest või hankelepingu sõlmimisest keeldumisel. Alljärgnevas alapeatükis keskendutakse küsimusele, kas riigihankeõigusliku erinormi kehtestamine hankija kahjuhüvitise nõude jaoks on vajalik. Selleks analüüsitakse riigihangete seadusest ning võlaõigusseadusest tulenevate kahjuhüvitise nõuete peamisi erisusi, mille alusel hinnatakse alternatiivsete nõuete tõhusust lähtuvalt kahjuhüvitise nõude eriregulatsiooni otstarbest ja seadusandja eesmärgist.

1.3.1. Hankija tsiviilõiguslikud kahjunõude alused

Alternatiivsete kahjuhüvitise nõude alustena võivad kõne alla tulla nii lepingueelsest kui lepinguvälisest võlasuhtest tekkivad kahjunõuded. Lepingueelsest võlasuhtest võib kahjunõue pakkumuse tagasivõtmisel tekkida ennekõike lepingueelsete läbirääkimiste pahauskse pidamise tõttu VÕS § 14 lg 3 alusel. Lepinguvälise võlasuhte regulatsiooni alusel võib hankijal pakkumuse tagasi võtnud pakkuja vastu tekkida nõue ennekõike seadusest tuleneva kohustuse rikkumise tõttu VÕS § 1045 lg 1 p 7 alusel. Autor analüüsib alljärgnevalt, kas alternatiivsete nõuete aluseid on võimalik kohaldada paralleelselt riigihangete seaduses sätestatud hankija kahjuhüvitise nõudega või on RHS § 53 puhul on tegemist erinormiga, mis välistab alternatiivsed kahjuhüvitise nõuded.

Saksa õiguskirjanduses ning kohtupraktikas on asutud seisukohale, et hankemenetluse käigus võib tekkida hankija ja pakkujate vahel usaldussuhe, mis loob osapooltele hoolsus- ja kaitsekohustused, mille tahtlik või hooletu rikkumine annab poolele õiguse nõuda kahju *culpa in contrahendo* doktriini alusel.⁵⁷ Saksa õiguses on seadusandja võimaldanud nõuda hankemenetluses toime pandud rikkumiste eest kahju hüvitamist Saksa tsiviilseadustiku (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*)⁵⁸ sätete alusel, sh ka nende riigihangete puhul, mille suhtes ei kohaldu riigihankedirektiivid.⁵⁹ Pakkuja kahjuhüvitise nõuet reguleerib Saksa õiguses *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB),⁶⁰ milles on sõnaselgelt ette nähtud, et see ei piira nõuete esitamist muudel alustel. Nendeks alusteks on lepingueelsest võlasuhtest tekkiv kahjunõue BGB § 280 ja § 311 lg 2 alusel ning nõue kahju õigusvastasest tekitamisest BGB §

⁵⁷ H. Hofler. The protection of the interests of bidders in the precontractual stage under German procurement law. P.P.L.R. 1995, 4, lk 160; A. Rubach-Larsen. Damages under German law for infringement of EU procurement law. P.P.L.R. 2006, 4, lk 186. Kohtupraktika osas vt: BGH, 08.04.1965, III ZR 230/63, JurionRS 1965, 11409, otsuse p 15. Arvutivõrgus: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1965-04-08/iii-zr-230_63/ (01.05.2017); BGH, 26.03.1981, VII ZR 185/80, JurionRS 1981, 12496, otsuse p 6. Arvutivõrgus: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1981-03-26/vii-zr-185_80/ (01.05.2017).

⁵⁸ Bürgerliches Gesetzbuch - BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738.

⁵⁹ A. Rubach-Larsen. Damages under German law for infringement of EU procurement law. P.P.L.R. 2006, 4, lk 186.

⁶⁰ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - BGBI. I S. 1750, 3245.

823 lg 2 alusel.⁶¹ Kuna Saksa õiguses käsitletakse riigihankemenetlust lepingueelsete läbirääkimiste võlasuhtena,⁶² siis kohalduvad BGB § 311 alusel lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevad kohustused mõlemale osapoolle, st nii hankijatele kui ka pakkujatele.⁶³ Seega on ka Saksa õiguses hankijal õigus tugineda lepingueelsete läbirääkimiste rikkumisele ning nõuda sellest tekkinud kahju hüvitamist pakkujalt. Olukorras, kus pakkuja keeldub oma siduva pakkumuse alusel lepingu sõlmimisest, on Saksa kohtupraktikas ja õiguskirjanduses jaatud hankija õigust nõuda kahju hüvitamist, mis tekkis sellest, et hankija pidi sõlmima hankelepingu teise pakkujaga.⁶⁴ Kahjunõuet õigustab asjaolu, et pakkuja on keeldunud kinni pidamast oma pakkumusest ning on sellega lepingueelsed läbirääkimised ilma mõjuva põhjusega katkestanud.⁶⁵ Seega on Saksamaal nii õigusteoorias kui ka kohtupraktikas lahendatud pakkumuse tagasivõtmisel tekkinud võimalikud hankija kahjuhüvitise nõuded lepingueelse võlasuhte regulatsiooni alusel.

Ka Eesti õiguskirjanduses on käsitletud riigihankemenetluses hankelepingule eelnevaid suhteid eraõiguse mõistes lepingueelsete suhtena.⁶⁶ Riigihankes tekib hankija ja pakkujate vahel lepingueelsetele läbirääkimistele sarnane võlasuhe, vaatamata sellele, et avatud ja piiratud hankemenetluses ei ole läbirääkimiste pidamine lubatud.⁶⁷ Hanketeate ja hankedokumentide avalikustamisega teeb hankija sisuliselt ettepaneku teha pakkumusi,⁶⁸ millele reageerivad hankest huvitatud isikud pakkumuse esitamisega. Sellega on loodud lepingueelne suhe, milles kõikide osapoolte huvi on eelduslikult suunatud hankelepingu

⁶¹ GWB § 181. Vt C. Antweiler. Beck'scher Vergaberechtskommentar 2. Auflage. C.H. Beck München 2013. GWB § 126 Rn 22-43. Pakkujate kahjuhüvitise nõue võidakse lahendada lepinguvälise võlasuhte alusel ka nt Hollandis, Hispaanias aga Prantsusmaal. Vt H. Schebesta. Damages in EU Public Procurement Law. Springer 2016, lk 821-82, 127-128 ja lk 140. Hispaania osas vt M. Fuentes. The Spanish Approach to the Remedy of Damages in the Field of European Public Procurement. EPPPL 2016, 1, lk 49-50.

⁶² Vt käesoleva magistritöö p 1.3.1; U. Volens. Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldumisvormid. Doktoritöö. Tartu 2011, lk 258; H. Schebesta. Damages in EU Public Procurement Law. Springer 2016, lk 124.

⁶³ Vt V. Emmerich. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Auflag. C.H. Beck München 2016, BGB § 311 m. 54-58.

⁶⁴ BGH 24.11.2005, VII ZR 87/04, JurionRS 2005, 27614. Arvutivõrgus: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=34899&pos=0&anz=1> (01.05.2017). LG Bonn, 30.10.2015 – 1 O 161/15, JurionRS 2015, 35779. Otsuse p 2. Arvutivõrgus: [https://www.jurion.de/urteile/lg-bonn/2015-10-30/1-o-161_15/\(01.05.2017\)](https://www.jurion.de/urteile/lg-bonn/2015-10-30/1-o-161_15/(01.05.2017)). Vt ka M. Gehrlein, H. Sutschet. Beck'scher Online-Kommentar BGB. 41. Edition. C. H. Beck. 2016, BGB § 311 m. 65.

⁶⁵ BGH 24.11.2005, VII ZR 87/04, JurionRS 2005, 27614. Otsuse p 11.

⁶⁶ Vt M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond. 2010, lk 10.

⁶⁷ RHS § 58 lg 3 ja § 61 lg 2. Läbirääkimiste pidamine on lubatud väljakuulutamisega läbirääkimistega ja väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse ning ka võistleva dialoogi puhul. Vt M. Mugur, C. Ginter. Euroopa Liidu õiguse põhi mõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse näide. Juridica IV/2010, lk 240.

⁶⁸ VÕS § 16 lg 3.

sõlmimisele. Autori hinnangul ei ole kahtlust, et sarnaselt Saksa õigusele⁶⁹ tekib ka Eesti õiguse kohaselt riigihankemenetluses reeglina nn lepingueelne usaldussuhe. Selline lepingueelne võlasuhe tekib vähemalt alates pakkuja poolt pakkumuse esitamisega.⁷⁰

Kuivõrd hankemenetluses tekib hankelepingu sõlmimise eelselt lepinguelsele läbirääkimistele sarnane võlasuhe, tekib küsimus, kas olukorras, kus pakkuja võtab oma pakkumuse tagasi, on võimalik kohaldada ka eraõiguslikku lepinguelse võlasuhte regulatsiooni. Eesti õigusteoorias on asutud ühelt poolt seisukohale, et hankelepingu sõlmimise eelsed suhted alluvad osas, need ei ole avalik-õiguslike normidega reguleeritud, ka võlaõiguse sätetele (nt VÕS §-d 14 ja 15).⁷¹ Teisalt on leitud, et lepinguelse läbirääkimiste kohta sätestatu ei laiene läbirääkimistele, mis toimuvad lepingute sõlmimisel RHS-i alusel.⁷² Autori hinnangul ei ole viidatud seisukohad siiski vastuolus. Osas, milles lepinguelse suhted on reguleeritud riigihangete seadusega ei kohaldu võlaõigusseaduse regulatsioon. Kuna riigihangete seadus reguleerib hankemenetlust kui lepinguelse võlasuhte, siis on mh ka VÕS §-st 14 tuleneva regulatsiooni kohaldamine riigihankemenetluse hankelepingule eelnevale võlasuhte reeglina välistatud. VÕS § 14 reguleerib lepinguelse läbirääkimistes tekkivaid õigusi ja kohustusi ning vastutust kohustuste rikkumise eest. Peamiste kohustustena näeb VÕS § 14 ette teavitamiskohustuse, tõekohustuse, heauskse läbirääkimiste pidamise kohustuse ning konfidentsiaalsuskohustuse.⁷³ Need kohustused on aga pea samas ulatuses ette nähtud riigihangete seaduses.⁷⁴ VÕS § 14 lg-st 3 tuleneb keeld pidada läbirääkimisi lepingu sõlmimise tahteta ning katkestada läbirääkimisi pahauskelt, mille rikkumisel on kahjustatud poolel õigus nõuda kahju hüvitamist VÕS § 115 alusel.⁷⁵ Autori hinnangul tuleneb sisuliselt samasugune keeld riigihangete seaduse tagatise ning eduka pakkumuse tagasivõtmise tagajärgi reguleerivatest sätetest, mistõttu tuleb pakkumuse tagasivõtmise puhul tekkiv hankija kahjuhüvitise nõue lahendada RHS § 53 alusel.

⁶⁹ Vt C. Antweiler. Beck'scher Vergaberechtskommentar 2. Auflage. C.H. Beck München 2013. GWB § 126 m 22-43 ja C. Alexander. Vergaberecht. Handkommentar. 2. Auflage. NomosKommentar 2015. GWB § 126 m 59-66.

⁷⁰ Saksa kohtupraktikas on seevastu leitud, et lepinguelse usaldussuhe tekib hiljemalt siis, kui pakkuja taotleb juurdepääsu hankedokumentidele. Vt BGH 08.09.1998, X ZR 109/96, p 17. JurionRS 1998, 15352. Arvutivõrgus: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1998-09-08/x-zr-109_96/ (01.05.2017).

⁷¹ I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 1 komm 4.4, lk 7-8.

⁷² Samas, § 14 komm 3, lk 85.

⁷³ Vastavalt VÕS § 14 lg-d 1-4. I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 14 komm 4.2, lk 86.

⁷⁴ Teavitamiskohustus tuleneb nt RHS § 38 lg 2 p-st 3. Tõekohustust tuleneb RHS § 38 lg 1 p-st 6, §-dest 113 ja 116. Heauskse läbirääkimiste pidamise kohustus tulenes 01.05.2007-31.12.2014 kehtinud RHS v.r (RT I 2007, 15, 76; RT I, 15.03.2014, 74) §-st 112 ning kehtivas RHS-s tuleneb see ennekõike pakkumuse tagatise regulatsioonist (RHS § 34) ja eduka pakkumuse tagasivõtmist tagajärgi reguleerivat RHS §-st 53. Konfidentsiaalsuskohustus on ette nähtud ärisaladust reguleerivate sätetega (RHS § 46 lg 5 ja § 54 lg 3).

⁷⁵ Vt RKTko 3-2-1-69-12, p 14.

Eeltoodust tulenevalt on RHS § 53 puhul tegemist kahjunõude eriregulatsiooniga, mis näeb ette hankija õiguse nõuda edukalt pakkujalt kahjuhüvitist, kui pakkuja võtab oma pakkumuse tagasi. Seega on RHS § 53 erinormiks nii VÕS §-le 14 kui ka deliktiõiguslikule nõudele VÕS § 1043 ja § 1045 lg 1 p 7 alusel. Õiguse üldpõhimõtte kohaselt tuleb üld- ja erinormi konkurentsi korral kohaldada erinormi (*lex specialis derogat legi generali*). Seejuures ei ole tähtsust, kas erinorm kehtestati varem või hiljem kui üldnorm, sest ka varasema eriseaduse ja hilisema üldseaduse konkurentsi korral on prioriteet varasemal eriseadusel (*lex generalis posterior non derogat legi priori speciali*).⁷⁶ Näiteks on Riigikohus leidnud, et korteriomandiseaduse⁷⁷ (KOS) § 11 kätkeb endast erisätet ning ühe korteriomaniiku poolt teisele korteriomaniikule oma korteriomandi kasutamise kahju tekitamisel ei kohaldata hüvitusnõude alusena muid sätteid.⁷⁸ Sama seisukohta on Riigikohus väljendanud ka äriseadustiku⁷⁹ (ÄS) § 315 lg 2 osas, leides, et ÄS § 315 lg 2 näeb ette kahju hüvitamise erikoosseisu ning aktsiaseltsi juhatuse liikme poolt aktsiaseltsile kahju tekitamise korral ei kohaldata hüvitusnõude alusena teisi sätteid, sh deliktiõigust.⁸⁰ Riigikohtu praktikast tuleneb, et kahju hüvitamise erikoosseisu korral ei kohaldu VÕS § 1043 jj.⁸¹ Sarnaselt on pakkuja kahjuhüvitamise nõude aluse puhul leitud nii Eesti õiguskirjanduses kui ka riigihangete vaidlustuskomisjon (VAKO) praktikas, et RHS § 117 on kahjuhüvitise erinorm.⁸² Lisaks ei ole RHS § 53 puhul tegemist viitenormiga, kus viidatakse kahjuhüvitamise sätetele,⁸³ vaid tegemist on erikoosseisu sisaldava regulatiivse normiga. Samuti puudub RHS §-s 53 (erinevalt Saksa GWB §-st 181) sõnaselge viide teiste kahjuhüvitise nõuete aluste paralleelse kohaldumise võimalikkuse kohta.

Lepingueelsete läbirääkimiste võlasuhte ja deliktiõiguse omavahelise vahekorra osas on Eesti õiguskirjanduses märgitud, et kuivõrd läbirääkimistel osalevad isikud omandavad seadusest tulenevalt kohustused VÕS § 100 mõttes, kuuluvad kohaldamisele lepingulist vastutust reguleerivad, mitte deliktiõiguse sätteid.⁸⁴ Lepingueelsete läbirääkimiste puhul ei ole enamasti

⁷⁶ Vt nt RKKo 3-1-1-32-08, p 11. Vt ka R. Narits. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura 2004, lk 147 ja A. Aarnio. Õiguse tõlgendamise teooria. Õigusteabe AS Juura 1996, lk 198-199.

⁷⁷ Korteriomandiseadus. - RT I 2000, 92, 601... RT I, 21.05.2014, 19.

⁷⁸ RKTko 3-2-1-38-05, p 10.

⁷⁹ Äriseadustik. - RT I 1995, 26, 355... RT I, 22.06.2016, 32.

⁸⁰ RKTko 3-2-1-191-12, p 16.

⁸¹ RKTko 3-2-1-83-09, p 11; RKTko 3-2-1-89-06, p 16 ja 3-2-1-38-05, p 10. Samal seisukohal on ka T. Tamppuu. Vt T. Tamppuu. Lepinguvälised võlasuhted. Juura 2012, lk 150.

⁸² J. Jäätma. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013. § 266 kumm IV, p 3, lk 731; T. Tähe. Kahju hüvitamine riigihankemenetluses toimunud rikkumise korral. Magistritöö. Tallinn 2015, lk 46. VAKO 27.02.2013 otsus nr 12.2-9/14024, p 8.

⁸³ Sellisteks normideks on nt autoriõiguse seaduse (AutÕS) § 81⁷ lg 1 p-d 1-3.

⁸⁴ I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 14, kumm 4.1, lk 85.

tegemist absoluutse õigushüve rikkumisega, mis on deliktiõiguse rakendumise eelduseks.⁸⁵ Deliktiõigusliku vastutuse sätted kohalduvad üksnes olukordades, kus läbirääkimiste käigus on rikutud isiku absoluutseid õigusi.⁸⁶ Kuna hankemenetluse käigus ei kahjusta pakkuja pakkumuse tagasivõtmisel VÕS § 1045 lg 1 p-des 1-5 sätestatud hankija absoluutseid õigusi, siis ei saa autori hinnangul ka hankemenetluses pakkumuse tagasivõtmisel rääkida alternatiivselt deliktiõiguslikust vastutusest VÕS § 1043 alusel. Esmapilgul võiks hankija kahjuhüvitise nõude eriregulatsiooni puudumise korral küll kõne alla tulla VÕS § 1045 lg 1 p 7 alusel deliktiõigusliku vastutuse kohaldamine, kuid valitseva arvamuse kohaselt rakendub lepingueelsetel läbirääkimistel seadusest tuleneva kohustuse rikkumisel siiski lepingueelne vastutus. Seega, kui pakkuja võtab pakkumuse tagasi pärast pakkumuste esitamise tähtaega, siis võib tegemist olla läbirääkimiste pahauskse katkestamisega⁸⁷ ning pakkuja võib riigihangete seaduse eriregulatsiooni puudumisel vastutada VÕS § 14 lg-s 3 sätestatud kohustuse rikkumise eest, mistõttu võib hankijal olla kahjuhüvitise nõue VÕS § 14 lg 3 ja § 115 alusel. Autori hinnangul on eeltoodud käsitus õigustatud just eriti hankemenetluse puhul, kus pakkuja esitab siduva pakkumuse RHS § 43 lg 1 alusel ehk pakkuja ja hankija vahel tekib paralleelselt avalik-õigusliku suhtega ka kvalitatiivselt tugevama usaldusastmega võlasuhe kui tavapärase lepingu läbirääkimiste puhul. Seega ei saa alternatiivsete kahjuhüvitise nõude alustena käsitleda samaaegselt lepingueelsest ja deliktiõiguslikkust regulatsioonist tulenevat vastutust, vaid alternatiivse nõudena saab käsitleda üksnes lepingueelsest läbirääkimisest tulenevate kohustuste rikkumisest tekkinud kahjuhüvitise nõuet.

Eeltoodust järeldub, et kuna hankelepingu sõlmimise eelselt tekib hankija ja pakkujate vahel lepingueelsete läbirääkimistele sarnane võlasuhe, siis oleks hankijal teoreetiliselt võimalik nõuda pakkumuse tagasivõtmise korral kahjuhüvitist VÕS § 14 lg 3 ja VÕS § 115 lg 1 alusel, kuid kuna pakkumuse tagasivõtmist reguleerib riigihankeõiguslik erinorm, siis on kehtiva õiguse kohaselt VÕS § 14 lg 3 ja § 115 kohaldamine välistatud. Samuti ei saa autori hinnangul kohaldada alternatiivselt lepingueelse ja lepinguvälise võlasuhte kahjunõude aluseid juhul, kui esineb küll eduka pakkumuse tagasivõtmine, kuid pakkuja ei vastuta kahju hüvitamise eest. Samas mõõnab autor, et lähtudes Eesti õiguskirjanduses väljendatud seisukohtadest VÕS § 14 kohaldamise võimalikkuse kohta riigihankemenetluses,⁸⁸ ei pruugi VÕS § 14 kohaldamine olla täielikult välistatud, sest kuigi RHS reguleerib väga detailselt

⁸⁵ U. Volens. Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldumisvormid. Doktoritöö. Tartu 2011, lk 237.

⁸⁶ K. Sein. Damage arising from Defect in Object of Contract to Creditor's Absolute Legal Rights: Contractual or Delictual Liability? *Juridica International* X/2005, lk 59.

⁸⁷ Samas. K. Sein on arvamusel, et lepingueelne vastutus, mitte deliktiõiguslik vastutus peaks kohalduma ennekõike juhtudel, kus lepingueelseid läbirääkimisi on teostatud pahas usus.

⁸⁸ I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 1 komm 4.4, lk 7-8.

enamikke VÕS §-s 14 sätestatud kohustusi ning nende rikkumise tagajärgi, võib eluliselt tekkida olukordi, milles hankemenetluse rikkumine ja selle tagajärjed ei ole piisavalt RHS-s reguleeritud, kuid samas on rikutud VÕS §-s 14 sätestatud kohustusi, mille rakendamisala on sätte abstraktsusest tulenevalt äärmiselt lai.⁸⁹

Kuivõrd eespool leiti, et RHS § 53 puhul on tegemist erinormiga, mis välistab teiste kahjunõuete aluste kohaldumise samas olukorras, siis ei analüüsi autor selles alapeatükis RHS §-s 53 sätestatud eriregulatsiooni ning lepinguelse võlasuhte alusel esitatavate kahjunõude peamisi erisusi, vaid teeb seda alljärgnevas alapeatükis, milles analüüsib, kas eraldiseisva nõudealuse kehtestamine on olnud vajalik või piisaks võlaõigusseaduses sätestatud nõude alustest.

1.3.2. Hankija kahjuhüvitise nõude ja alternatiivse nõude aluste peamised erisused

Hankija kahjuhüvitise nõude erinormi otstarbe ja seadusandja eesmärgi tuvastamise järgselt tõusetub küsimus, kas seda funktsiooni ja eesmärki ei aita tagada juba olemasolev võlaõiguslik regulatsioon. Sellele küsimusele vastates võrdleb autor RHS-i eriregulatsiooni vajalikkuse kontekstis RHS-i erinormi ja võlaõiguslike nõudealuste kohaldamise eelduste ning normi kaitse-eesmärgist tulenevate kahju arvutamise viisi peamisi erisusi.

VÕS § 14 ja VÕS § 115 koostoides esitatava kahjunõude esitamisel pakkumuse tagasi võtmise korral saab hankija tugineda ennekõike läbirääkimiste pahauskse pidamise keelu rikkumisele.⁹⁰ Pahauskse läbirääkimiste pidamisega on kindlasti tegemist juhul, kui pakkujate osaleb hankemenetluses ilma kavatsuseta sõlmida hankeleping.⁹¹ Samuti on õiguskirjanduses märgitud, et pahauskseks läbirääkimiste pidamiseks võib lugeda ka olukorda, kus isik on astunud läbirääkimistesse, arvestamata oma tegelikku võimet lepingut täita.⁹² Pahauskse hindamisel tuleb arvestada seda, kas poolte vahel oli tekkinud põhjendatud usaldus lepingu sõlmimise vastu. Usaldus lepingu sõlmimise vastu tekib eelkõige siis, kui läbirääkivad pooled on kokku leppinud olulistes tingimustes, kuid ei ole veel lepingut nõuetekohaselt vormistanud. Läbirääkimiste katkestamine ei ole pahauskne, kui selleks on kaalukas põhjus.⁹³ Hankemenetluses tekib pärast pakkumuste esitamise tähtaega kahtlemata hankija ja pakkujate vahel usaldussuhe, sest hankedokumentide ja pakkumuste esitamisega võib lugeda, et on

⁸⁹ Saksa õiguses on leitud, et lepingueline vastutus ja sellest tulenev kahjuhüvitise nõue BGB § 311 lg 2 ja § 241 lg 2 alusel kohaldub ka siis, kui hankeõiguse eriseadused ei kohaldu (ennekõike siis, kui riigihanke piirmäärad ei ole ületatud). Vt V. Emmerich. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Auflage. C.H. Beck München 2016, BGB § 311 m 55.

⁹⁰ VÕS § 14 lg 3 ls 2.

⁹¹ Vt RKTko 3-2-1-89-06, p 15.

⁹² I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 14 kumm 4.5.2, lk 91.

⁹³ Samas, lk 91-92; RKTko 3-2-1-168-14, p 13; TlnRngK 08.07.2015 otsus tsiviilasjas 2-10-9211, p 20.

tekinud lepingueelsete läbirääkimistele sarnane olukord, milles pooled on jõudnud olulistes tingimustes kokkuleppele, kuigi kokkulepe ise saab tekkida üksnes hankelepingu sõlmimisega. Samuti kinnitab erilist usaldussuhet ainuüksi ka asjaolu, et pakkuja esitab hankemenetluses siduva pakkumuse RHS § 43 lg 1 alusel. Samas nähtub eeltoodust, et hankija peaks pakkumuse tagasivõtmise korral suutma tõendada pakkuja pahausksust. Selleks peab hankija tõendama, et pakkujal ei olnud kavatsust sõlmida hankeleping või et pakkuja ei arvestanud oma tegeliku võimekusega täita hankelepingut. Eeltoodut on aga hankijal võrdlemisi raske tõendada eelkõige tõendite asümmeetria tõttu ehk teisisõnu on enamasti tõendid, mis sellist pahatahtlikkust tõendaksid pakkuja enda mõjusfääris, millele hankijal puudub ligipääs. Hankijal võib olla küll võimalik taotleda kohtumenetluses tõendite kogumist tsiviilkohtumenetluse seadustiku⁹⁴ (TsMS) § 236 lg 2 alusel, kuid nõude tuvastamine enne hagi esitamist on raskendatud. Analoogselt leiti ka KarS-i revisjoni käigus RHS-i § 112 kehtetuks tunnistamise põhjendustes, et pakkuja kavatsuse tõendamine ei ole mõistlik ega tihti ka võimalik.⁹⁵ Isegi, kui asuda seisukohale, et pärast pakkumuse esitamise tähtaega pakkumuse tagasivõtmisel on *ipso facto* tegemist läbirääkimiste pahauskse katkestamisega⁹⁶ on pakkujal kohtupraktikast lähtudes võimalik VÕS § 14 lg 3 kohustuse rikkumisel vabaneda vastutusest ka juhul, kui ta tõendab, et tal oli pakkumuse tagasivõtmiseks kaalukas põhjus nii pakkuja kui hankija huvidest lähtuvalt.⁹⁷ Sellist võimalust ei näe ette RHS §-s 53 sätestatud kahjuhüvitise aluse normi koosseis. Seetõttu on esiteks lepingueelsete läbirääkimiste võlasuhte rikkumisest tuleneva kahjunõude esitamisel hankijal tõendamiskoormis, mida on praktikas keeruline täita. Teiseks, kuigi ei ole tavapärane,⁹⁸ et läbirääkimiste katkestamiseks on mõjuv põhjus, mis välistab vastutuse, on siiski pakkujal teoreetiliselt laiemad võimalused VÕS § 14 lg 3 kohaldumise välistamiseks, võrreldes RHS § 53 alusel esitatava kahjuhüvitise nõudega.

RHS § 53 lg-d 2 ja 3 on suunatud peamiselt nõ hinnavahe hüvitamisele, mis tuleneb sellest, et tagasi võetud pakkumuse maksumus oli madalam kui järgmisena edukaks tunnistatud pakkumuse maksumus. VÕS § 14 lg 3 kohustuse rikkumise osas on aga Rügikohtu praktikas

⁹⁴ Tsiviilkohtumenetluse seadustik. RT I 2005, 26, 197... RT I, 22.06.2016, 28.

⁹⁵ Karistusseadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu (554 SE) seletuskiri, lk 142-143.

⁹⁶ Sellise käsitluse vastu räägib asjaolu, et enne edukaks tunnistamist hankija poolt ei saa pakkujal olla täit veendumust, et hankeleping sõlmitakse just temaga, mistõttu ei saa autori hinnangul käsitleda pakkumuse tagasivõtmist hankemenetluse ajal iseenesest pahauskse käitumisena. Seda enam, et selline käitumine on ka RHS § 53 lg 1 alusel õigustatud juhtudel, kui see pakkumuse tagasivõtmine tuleneb hankijast olenevatel põhjustel.

⁹⁷ RKTko 3-2-1-168-14, p 13.

⁹⁸ Vt nt TlnRngK 08.07.2015 otsus tsiviilasjas nr 2-10-9211, p 23. Kohus leidis, et kaalukas põhjus läbirääkimiste katkestamiseks puudus ennekõike põhjusel, et hageja oli kandnud reaalselt kahju. Selles vaidluses oli hageja teinud lisaks läbirääkimiste pidamisele ka muid olulisi kulutusi, mis seisnes kostja kinnisasjale angaari rajamisega ja tehnovõrkude liitumisega ning kinnisasjal kasutatavate külmutusseadmete ostmises.

asunud seisukohale, et VÕS § 14 lg-st 3 tuleneva vastutuse puhul ei saa asetada kahjustatud isikut olukorda, milles ta oleks olnud, kui läbirääkimised oleks lõppenud tulemuslikult ning kehtiv leping oleks sõlmitud ja täidetud. Sellise lepingu sõlmimata ja täitmata jätmisest tekkinud kahju hüvitamist kahjustatud isik nõuda ei saa.⁹⁹ Riigikohus on täpsustanud, et VÕS § 14 lg 3 rikkumisest tuleneva vastutuse eesmärgiks saab pidada usalduskahju hüvitamist, mille alla kuuluvad läbirääkimiste pidamisega otseselt seotud kulud, nagu näiteks sõidu- ja ajakulu, lepinguprojektide koostamise kulu jms.¹⁰⁰ Riigikohus on hilisemas lahendis laiendanud VÕS § 14 lg-st 3 tuleneva kohustuse rikkumise tõttu hüvitatava kahju ulatust ning pidanud võimalikuks nõuda ka kulutusi, mis ei ole otseselt seotud läbirääkimistega, kuid mida isik kandis, tuginedes mõistlikult teise poole lubadusele sõlmida kehtiv leping.¹⁰¹ Siiski ei ole Riigikohus pidanud võimalikuks positiivsele huvile suunatud kahju ehk täitmishuvi hüvitamist. Seda on kinnitatud ka õiguskirjanduses, milles on täpsustatud, et VÕS § 14 lg 3 alusel ei kuulu hüvitamisele läbirääkimistel kokku lepitud tehinguhinna ja teise isikuga tehtud tehinguhinna vahe.¹⁰² Kuigi Eesti õiguskirjanduses on peetud VÕS § 14 lg-st 4 tuleneva konfidentsiaalsuskohustuse rikkumisel võimalikuks nõuda ka positiivsele huvile suunatud kahju hüvitamist,¹⁰³ on seni asunud ühtsele seisukohale, et lepingueelsete läbirääkimiste pahauskse pidamise korral on võimalik nõuda üksnes negatiivse kahju hüvitamist.¹⁰⁴ Seevastu Saksa õiguses on BGB § 311 lg 2 alusel võimalik pakkujal nõuda ka positiivsele huvile ehk täitmishuvile (*Erfüllungsintrasse*) suunatud kahju hüvitamist juhul, kui enampakkumine või hankemenetlus ilma õigusliku aluseta kehtetuks tunnistatakse ning pakkuja suudab tõendada, et ilma hankemenetluse reeglite rikkumiseta oleks leping temaga sõlmitud.¹⁰⁵ Samuti on hankijal võimalik BGB § 311 lg 2 alusel nõuda positiivsele huvile suunatud kahju hüvitamist juhul, kui pakkuja võtab hankemenetluse kestel oma siduva pakkumuse tagasi.¹⁰⁶ Seega, kuigi VÕS § 14 lg 3 kehtestamisel oli üheks allikaks ka BGB § 311 lg 2,¹⁰⁷ on Eesti ja Saksa

⁹⁹ RKTko 3-2-1-89-06, p 16.

¹⁰⁰ Samas; RKTko 3-2-1-62-13, p 18; RKHko 3-3-1-9-14, p 33.

¹⁰¹ RKTko 3-2-1-168-14, p 15.

¹⁰² I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 14 komm 4.7.2, lk 98; RKTko 3-2-1-89-06, p 17.

¹⁰³ R. Värk. Kahju hüvitamise nõue lepingueelsete kohustuste rikkumisel. *Juridica* VI/2009, lk 392-393.

¹⁰⁴ Vt samas, lk 394; I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 14 komm 4.7.2, lk 98; U. Volens. Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldumisvormid. Doktoritöö. Tartu 2011, lk 275.

¹⁰⁵ BGH 18.09.2007 - X ZR 89/04, JurionRS 2007, 42691, otsuse p 8; BGH 26.01.2010, Az.: X ZR 86/08, JurionRS 2010, 12295, otsuse p 16; OLG Naumburg 20.12.2012, 2 U 92/12, JurionRS 2012, 31463, otsuse p 25. Vt ka M. Gehrlein, H. Sutschet. Beck'scher Online-Kommentar BGB. 41. Edition. C. H. Beck. 2016, BGB § 311 Rn. 65 ja C. Alexander. Vergaberecht. Handkommentar. 2. Auflage. NomosKommentar 2015. GWB § 126 Rn. 80.

¹⁰⁶ Vt OLG Köln, 21.07.2014 - 11 U 10/14, JurionRS 2014, 20255, otsuse p 2; 24.11.2005, VII ZR 87/04, JurionRS 2005, 27614; M. Gehrlein, H. Sutschet. Beck'scher Online-Kommentar BGB. 41. Edition. C. H. Beck. 2016, BGB § 311 Rn. 65.

¹⁰⁷ I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 14 komm 2, lk 85.

kohtupraktika läbirääkimiste pahauskse katkestamise normi kaitse eesmärgi osas vähemalt tänase seisuga loonud teineteisest erinevaid lahendusi. Hankija kahjuhüvitise aspektist ei oma selline erinev tõlgendus kehtivas Eesti õiguses suurt mõju, kuivõrd nii kehtiv RHS kui ka uus RHS-i eelnõu sätestavad eduka pakkumuse tagasivõtmise korral positiivsele huvile suunatud kahjuhüvitamise nõude aluse. Põhjus, miks Saksa õiguses on hankemenetluses siduva pakkumuse tagasivõtmisel tekkinud hankija kahjuhüvitise nõue lahendatud *culpa in contrahendo* doktriiniga ning jaatud selle alusel tavapärasest õigusdogmaatikast kõrvale kalduvalt¹⁰⁸ ka positiivsele huvile suunatud kahju hüvitamist, võib olla selles, et Saksa õiguses puudub RHS §-le 53 sarnane erinorm riigihankeõiguses. Kuigi hetkel puudub Riigikohtu praktika VÕS § 14 lg-st 3 tuleneva kahjunõude ulatuse üle olukorras, kus üks võlasuhte pool võtab oma siduva pakkumuse tagasi ning Riigikohus võib sellisel juhul lahendada nõude ulatuse sarnaselt Saksa kõrgeima kohtu praktikaga, järeldeb siiski eeltoodust, et õiguskirjanduse ja senise kohtupraktika kohaselt ei ole VÕS § 14 lg 3 kaitse-eesmärgiks ära hoida positiivsele huvile suunatud kahju tekkimist. Seega on kehtivas õiguses ja õigusdogmaatikas RHS § 53 ja VÕS § 14 lg 3 alusel esitatava kahjunõude peamiseks erisuseks ka kahju suuruse arvestamise viis.

Eeltoodust tulenevalt on hankijal VÕS § 14 lg 3 alusel kahjunõude esitamisel esiteks oluliselt suurem tõendamiskoormis kui RHS § 53 alusel nõude esitamisel, kuivõrd esimesel juhul peab hankija suutma tõendada pakkuja pahausksust, s.o ennekõike kavatsust mitte sõlmida hankelepung või hankemenetluses osalemist oma tegeliku lepingu täitmise võimekust arvestamata, mida on tõendite asümmeetrilise tõttu reeglina keeruline tõendada. Teiseks ei ole senises kohtupraktikas ega ka õiguskirjanduses peetud võimalikuks VÕS § 14 lg-st 3 tuleneva kohustuse rikkumisel välja mõista läbirääkimistel kokku lepitud tehinguhinna ja teise isikuga tehtud tehinguhinna vahet ehk teisisõnu ei ole välja mõistetud positiivsele huvile suunatud kahjuhüvitist nagu seda võimaldab RHS § 53. Seega RHS-i eriregulatsioon konkretiseerib hankija kahjuhüvitise nõude eelduseid, lihtsustab hankija tõendamiskoormist, võimaldab hüvitada pakkumuste maksumuse vahet ning tagab selle kaudu efektiivsemalt regulatsiooniga soovitud eesmäärke.

Eeltoodud aspektidest tulenevalt ei ole autori hinnangul VÕS § 14 lg 3 ja § 115 alusel esitatava nõudega võimalik tagada riigihangete seaduse eriregulatsiooniga taotletavaid eesmäärke, kuivõrd kõrgema tõendamiskoormise ning üksnes negatiivsele huvile suunatud kahju väljamõistmine ei motiveeriks hankijaid esitama kahjuhüvitise nõudeid pahauskelt

¹⁰⁸ Enamasti on BGB § 311 lg 2 ja lg 3 rikkumisel hüvitatav negatiivsele huvile suunatud kahju. Vt V. Emmerich. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Auflag. C.H. Beck München 2016, BGB § 311 Rn 186.

pakkumusi esitanud pakkujate vastu ning sellega korreleeruvalt puuduks reaalne sanktsioon selliste pakkujate vastu. Seega alternatiivsete nõudealuste kontekstis on eeltoodud põhjustel RHS-i kahjuhüvitise nõude regulatsioon autori hinnangul vajalik.

1.3.3. Tagatise regulatsiooni tõhusus

Vaatamata sellele, et VÕS § 14 lg 3 alusel esitatav kahjunõue ei aita tagada hankijale sellist kaitset ega taga reaalsete, tõsiste pakkumuste esitamist nii efektiivselt kui riigihangete seaduses sätestatud kahjuhüvitise nõude eriregulatsioon, tõusetub küsimus eriregulatsiooni vajalikkusest arvestades, et riigihangete seaduses on kehtestatud ka pakkumuse tagatise instituut, mille funktsiooniks on samamoodi tagada reaalsete pakkumuste esitamine ning hankemenetluse käigus hankijale tekitatud kahjude hüvitamine.

RHS § 34 lg 1 annab hankijale õiguse nõuda pakkumuse tagatist pakkuja poolt hankemenetluse käigus kohustuste täitmata jätmisega tekitatud kahju täieliku või osalise hüvitamise tagamiseks, kuid mitte suuremas summas kui üks protsent hankelepingu eeldatavast maksumusest. RHS § 34 lg 5 alusel ei tagasta hankija pakkumuse tagatist pakkujale või realiseerib selle, kui pakkuja võtab pakkumuse selle jõusoleku tähtaja jooksul tagasi. Seega näeb tagatise regulatsioon ette hankijale õiguse realiseerida pakkumuse tagatis, sõltumata sellest, kas hankijale on ka tegelikult sellega kahju tekkinud.¹⁰⁹ Selliselt on tagatise regulatsioon ja RHS §-st 53 tulenev kahjuhüvitamise nõude normi koosseisu tunnused sarnased, sest mõlemad näevad ette varalise sanktsiooni pakkumuse tagasivõtmise puhul.

Autori arvates ei anna aga tagatise instituut hankijatele samavõrd ulatuslikku ja tõhusat kaitset mitte-tõsiseltvõetavate pakkumuste vastu, kui seda teeb RHS §-s 53 sätestatud kahjuhüvitise nõue.

Esiteks, ei ole tagatise nõudmine pakkujatelt kohustuslik, vaid on hankija diskretsiooniotsus. Praktikas ei nõua hankijad tihti tagatist ning seda ka suurte eeldatavate maksumustega hangete puhul.¹¹⁰ Jättes tagatise nõudmata, ei oleks ilma RHS § 53 regulatsioonita ühegi riigihankemenetlusliku meetmega tagatud reaalsete pakkumuste esitamine ning pakkumuste alusetu tagasivõtmise sanktsioneerimine pärast pakkumuste esitamise tähtaega.

¹⁰⁹ Vt RKHKo 3-3-1-58-06, p 14.

¹¹⁰ Vt nt sihtasutus Tartu Ülikooli Kliinikumi 11.04.2017 avaldatud riigihange viitenumbriga 185497, mille eeldatavaks hankelepingu maksumuseks on 120 000 eurot, kuid hankedokumentides tagatist ei ole nõutud. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/register/hange/185497> (01.05.2017). Sama ka sihtasutus Tartu Ülikooli 15.03.2017 avaldatud riigihange viitenumbriga 184300, mille eeldatav hankelepingu maksumus on 1,3 miljonit eurot, kuid tagatist ei ole pakkujatelt nõutud. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/register/hange/184300> (01.05.2017).

Teiseks, on tagatise suurus seadusega piiratud. RHS § 34 lg 1 alusel ei ole hankijal lubatud nõuda tagatiseks enam kui üks protsent hankelepingu eeldatavast maksumusest. Selline piirang on õigustatud, sest tagatise nõudmine kujutab endast piirangut hankemenetluses osalemiseks, seda eriti väikeste- ja keskmise suurustega ettevõtjatele. Seega oluliselt suurema tagatise nõudmine ei pruugiks olla proportsionaalne ja takistaks konkurentsi tekkimist. Tagatise üheks peamiseks otstarbeks on sätte enda sõnastusest tulenevalt tagada hankijale pakkuja hankemenetluse rikkumise eest tekkida võiva kahju hüvitamist. RHS § 34 lg-st 1 ning RHS § 53 lg-st 4 tulenevalt on ka tagatise regulatsiooni kehtestamisega arvestatud, et see ei pruugi katta kogu tekkivat kahju. Arvestades, et ühe kahjuna võimaldab RHS nõuda pakumuste hinnavahe hüvitamist RHS § 53 lg-te 2 ja 3 alusel ning selline kahju võib ulatuda suurte summadeni,¹¹¹ siis võib tagatis katta üksnes sümboolse osa kogu tekkinud kahjust ning ei pruugi täita oma eesmärki. Sellega seondult on tagatise piiratud suurusel tulenevalt oluliselt nõrgem ka tagatise preventiivne mõju tagada tõsiste pakumuste esitamist hankemenetluses.

Kuigi pakumuse tagatise ning hankija kahjuhüvitise nõude regulatsioon on mõlemad suunatud sellele, et hankemenetluses esitataks reaalseid pakumusi, ei ole tagatise institut eeltoodud põhjustel eraldiseisvalt piisavalt tõhus. Seetõttu, vaatamata otstarbe kattuvusele, on hankija kahjuhüvitise eriregulatsioon vajalik nii hankija huvide kui ka hankemenetluse aususe, läbipaistvuse ja konkurentsi tagamiseks.

1.4. Vahekokkuvõte

Pakumuse tagasivõtmisest tekkiv hankija kahjuhüvitise nõue on reguleeritud üksnes riigisisesel õiguse tasemel. EL-i õiguskaitsemeetmete direktiivid ega GPA ei näe ette kohustust tagada hankijatele kahjuhüvitise nõue. EL-i õigusest tuleneva menetlusautonoomia põhimõttest tulenevalt on sellise nõude regulatsioon riigisisesel õiguse reguleerida. Eesti riigisisesel õiguses on hankija kahjuhüvitise nõue kehtestatud eraldi nõudenormina riigihangete seaduses, erinevalt näiteks Saksa õigusest, milles on pakumuse tagasivõtmisel tekkinud kahjunõuded lahendatud *culpa in contrahendo* doktriini alusel.

Hankija kahjuhüvitise nõude alternatiivse alusena saab käsitleda lepingueelsetest võlasuhetest tekkivat kahjuhüvitise nõuet VÕS § 14 lg 3 ja § 115 alusel, sest hankelepingule eelnevaid suhteid saab käsitleda eraõiguse mõistes lepingueelsete suhetena. RHS § 53 puhul on aga tegemist erinormiga VÕS § 14 lg 3 ja § 115 suhtes, mistõttu selle erinormi koosseisu täitmise korral ei kohaldata paralleelselt VÕS § 14 ja § 115.

¹¹¹ Vt nt M. Kuul. Ajahäda kuulivestide ostmisel läheb kaitsevääle maksuma üle miljoni euro. ERR 13.02.2015.

Riigihangete seaduses sätestatud hankija kahjuhüvitise nõude erinormi kehtestamise otstarbeks on: (1) lihtsustada hankijale eduka pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud kahju sissenõudmist, (2) tagada reaalse pakkumuste esitamine, et hankemenetluses osaleksid hankelepingust tõeliselt huvitatud pakkujad, (3) hoida ära pakkujate omavahelised keelatud kokkulepped ning (4) tagada hankemenetluse ausus, läbipaistvus, konkurentsi tekkimine ja võrdne kohtlemine.

VÕS § 14 lg 3 ja § 115 tuleneva alternatiivse nõude esitamisel peaks hankija tõendama pakkuja tahtlust pidada läbirääkimisi pahatahtlikult, st pakkuja tahet mitte esitada reaalne pakkumus, mida praktikas on keeruline täita. Samuti on pakkujal VÕS § 14 lg 3 alusel võimalik, erinevalt RHS § 53 lg-te 2 ja 3 alusel esitatavast kahjunõudest, vabaneda hüvitamiskohustusest, kui ta tõendab kaaluka põhjuse esinemist pakkumuse tagasivõtmisel. Senise õigusteooria ja kohtupraktika kohaselt ei ole VÕS § 14 lg 3 kaitse-eesmärgiks ära hoida positiivsele huvile suunatud kahju tekkimist, mistõttu ei oleks VÕS § 14 lg 3 alusel hankijal võimalik nõuda kahjuna pakkumuste maksumuste vahe hüvitamist. Seega on VÕS § 14 lg 3 alusel kahjunõude esitamisel hankijal esiteks oluliselt suurem tõendamiskoormis kui RHS § 53 lg-te 2 ja 3 alusel nõude esitamisel ning teiseks ei ole senine kohtupraktika võimaldanud VÕS § 14 lg 3 alusel nõuda positiivsele huvile suunatud tehingute hinnavahet, mis aga RHS § 53 lg-te 2 ja 3 alusel on võimalik. Eeltoodu põhjal on autor seisukohal, et riigihangete seaduses sätestatud kahjuhüvitise nõude regulatsioon on autori hinnangul vajalik.

Kuigi riigihangete seaduses on kehtestatud ka pakkumuse tagatise instituut, mille funktsioon ja eesmärgid kattuvad suuresti hankija kahjuhüvitise nõude omadega, ei taga pakkumuse tagatise regulatsioon piisavalt efektiivselt eespool nimetatud otstarbe ja eesmärkide täitmist. Seda põhjusel, et pakkumuse tagatis ei ole kohustuslik ning praktikas ei nõua hankijad seda ka isegi suurte eeldatava hankelepingu maksumusega hankemenetluste puhul. Samuti on tagatise summa äärmiselt piiratud, mistõttu ei pruugi tagatis reaalselt täita kahju hüvitamist tagavat eesmärki. Seetõttu on pakkumuse tagasivõtmise puhuks kehtestatud hankija kahjuhüvitise eriregulatsioon vajalik, sest tagab mainitud funktsioone ja seadusandja eesmäärke suurema efektiivsusega kui pakkumuse tagatise regulatsioon.

2. HANKIJA KAHJUHÜVITISE NÕUDE EELDUSED

2.1. Pakkumuse tagasivõtmine

2.1.1. Hankelepingu sõlmimise moment

Pärast hankelepingu sõlmimist on tegemist lepingulise võlasuhtega,¹¹² millele kohalduvad võlaõigusseaduses sätestatud õiguskaitsvahendid ning sellisel juhul ei ole autori hinnangul enam võimalik kohaldada RHS §-s 53 sätestatud hankija kahjuhüvitise nõude regulatsiooni. Sama seisukohta on väljendanud uue RHS-i eelnõu koostajad.¹¹³ Seetõttu on oluline analüüsida, millal loetakse eduka pakkuja ning hankija vahel leping sõlmituks. Hankelepingu sõlmituks lugemise momendi tuvastamine on oluline ka seetõttu, et praktikas tahavad hankijad sageli hankelepingu sõlmituks lugeda alles siis, kui see on allkirjastatud.¹¹⁴

Kehtiv riigihangete seadus ei täpsusta hankelepingu sõlmimise momenti. Hankemenetluste üle järelevalvet teostava Rahandusministeeriumi seisukohalt on hankeleping sõlmitud alates hetkest, mil edukaks tunnistanud pakkumuse esitanud pakkuja on kätte saanud hankija nõustumise hankelepingu sõlmimise kohta. Oluline ei ole, millal eduka pakkumuse esitanud pakkuja tuleb eraldi dokumendina vormistatud hankelepingut allkirjastama.¹¹⁵ Rahandusministeeriumi hinnangul ei ole hankelepingu sõlmimise järgselt enam võimalik pakkumust tagasi võtta.¹¹⁶ Hankelepingu sõlmimise eelsed suhted alluvad osas, milles need ei ole avalik-õiguslike normidega reguleeritud, võlaõiguse sätetele.¹¹⁷ Lähtudes VÕS § 9 lg-test 1 ja 2 tuleb lugeda hankeleping sõlmituks alates ajast, mil pakkuja sai teada hankija nõustumusest.

Eeltoodud käsitluse puhul ei ole aga Rahandusministeerium ega uue RHS-i eelnõu koostajad selgitanud ooteaja regulatsiooni mõju hankelepingu sõlmimisele. RHS § 69 lg 1 kohaselt ei või anda nõustumust hankelepingu sõlmimiseks enne 14 päeva möödumist pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kohta teate esitamisest arvates. Ooteajaga seoses tekib küsimus, kas RHS § 53 kohaldub ka juhul, kui edukaks tunnistamise otsus on tehtud ning pakkujale kätte toimetatud, kuid hankelepingu sõlmimine on keelatud ooteaja tõttu või vaidlustus- või

¹¹² Vt M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond. 2010, lk 10, 167; M. A. Simovart. Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the Light of the *Presstext* Ruling. *Juridica International* XVII/2010, lk 151; I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 1 komm 4.4, lk 7-8.

¹¹³ Vt riigihangete seaduse eelnõu (SE 204) seletuskiri, lk 30.

¹¹⁴ Samas.

¹¹⁵ Vt Rahandusministeeriumi hallatav E-riigihangete keskkonna koduleht. Korduma kippuvate küsimuste koondfail, lk 61. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/korduma-kippuvad-kusimused> (01.05.2017).

¹¹⁶ Samas.

¹¹⁷ Vt I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 1 komm 4.4, lk 7-8. M.A Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. *Juridica* IV/2010, lk 248.

kohtumenetluses esialgse õiguskaitsse rakendamise tõttu. Teisisõnu tõusetub küsimus, millal saab lugeda hankelepingu sõlmimiseks, kui vastava hankemenetluse liigile kohaldub ooteaja regulatsioon.¹¹⁸ RHS § 69 lg 1 semantilisel¹¹⁹ tõlgendamisel on võimalik järeldada, et sättes on taotluslikult eristatud edukaks tunnistamise otsuse teadet ning hankelepingu sõlmimise nõustumust. Riigihangete seaduse mõttes ei ole edukaks tunnistamise otsus ja selle kättetoimetamine edukale pakkujale võrdsustatud nõustumuse andmisega hankelepingule. Kehtiva riigihangete seaduse alusel on lisaks edukaks tunnistamise otsusele hankijal siiski tarvis anda ka eraldi nõustumus edukale pakkumusele. Seisukohta, et hankeleping sõlmitakse nõustumuse andmisega, mitte edukaks tunnistamise otsuse kättetoimetamisega, on kinnitanud nii Rahandusministeerium¹²⁰ kui ka kohtud.¹²¹ Kirjeldatud vahetegu tuleneb otseselt direktiivist 2007/66/EL, millega sätestati liikmesriikidele minimaalse ooteaja kehtestamise kohustus. Direktiivi 2007/66/EL põhjendused¹²² ning direktiivide 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ art 2a lg 2 eristavad lepingu edukaks tunnistamise otsust¹²³ ning lepingu tegelikku sõlmimist. VÕS § 20 lg 1 kohaselt on nõustumus konkreetne tahteavaldus, millega on väljendatud nõusolek sõlmida hankeleping. Kuigi edukaks tunnistamise otsuse puhul võib arutleda, kas see kätkeb endas tahteavaldust, mille funktsiooniks on tuua õigusliku tagajärjena kaasa hankelepingu sõlmimine,¹²⁴ siis on igal juhul RHS-s kui hankelepingu sõlmimise eriregulatsioonis ette nähtud edukaks tunnistamise otsuse tegemise ning nõustumuse andmise eristamine. Eristamine baseerub õiguskaitsmeetmete direktiivide eesmärgil tagada hankemenetlusest huvitatud isikutele mõistlik aeg enne hankelepingu sõlmimist vaidlustada edukaks tunnistamise otsust.¹²⁵ Õiguskaitsmeetmete direktiividega reguleeritud vaidlustamiskorrast järeldub, et edukaks tunnistamise otsus ning hankelepingu sõlmimine ei

¹¹⁸ Ooteaega ei pea kohaldama hankelepingu sõlmimisel raamlepingu või dünaamilise hankesüsteemi alusel, väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse korral või juhul, kui muud liiki hankemenetluses on esitanud pakkumuse ainult üks pakkuja (RHS § 69 lg 1 ls 3). Samuti ei pea ooteaega ja otselepingu sõlmimine pole keelatud, kui hankedirektiivid ei nõua lepinguteate avaldamist EL Teatajas (alla piirmäära jäävad hanked ja mitte-prioriteetsed teenused). Vt E. Fels. Euroopa Liidu riigihankeõiguse normide rikkumise mõju hankelepingu kehtivusele. Magistritöö. Tallinn 2015, lk 20.

¹¹⁹ Vt R. Alexy. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. Juridica erinumber, punkt 1.2.

¹²⁰ Rahandusministeerium. Riigihangete juhised. Tallinn 2014, lk 164. Samuti ka E-riigihangete keskkonna koduleht. Korduma kippuvate küsimuste koondfail, lk 61.

¹²¹ TlnHK 30.11.2012 otsus haldusajal nr 3-12-2076, p 31; TlnRK 21.11.2014 otsus haldusajal nr 3-14-51790, p 15.

¹²² Direktiivi 2007/66/EL põhjenduste p-d 4 ja 6.

¹²³ Direktiiv kasutab mõistet „sõlmimisotsus“, mille all mõeldakse edukaks tunnistamise otsust. Seda kinnitab nii direktiivi 2007/66/EL ingliskeelne versioon („contract award“) kui ka saksa keelne versioon (die Zuschlagsentscheidung für einen Auftrag).

¹²⁴ Peamine vastuargument sellele on, et edukaks tunnistamise otsusega tuvastab hankija pakkumuste hindamise tulemusel parima ehk eduka pakkumuse (RHS § 50) mitte ei tee konkreetset tahteavaldust hankelepingu sõlmimiseks.

¹²⁵ Vt EKO 28.10.1999, C-81/98, *Alcatel Austria AG jt*, p 38-42; EKO 23.12.2009, C-455/08, *Euroopa Komisjon vs Iirimaa*, p-d 27-28. M. Dunne. Requirement to give reasons to unsuccessful tenderers before conclusion of the standstill period: a note on the judgment of the Court of Justice in *Commission v Ireland* (C-455/08). P.P.L.R. 2010, 3, NA 88.

saa toimuda samal ajal.¹²⁶ Kuigi näiteks RHS-i varasem redaktsioon¹²⁷ nägi ette võimaluse võrdsustada vastuvõetud pakkumine hankelepingu sõlmimisega, siis sellele vaatamata ei jõustunud hankeleping mitte varem kui 14 päeva möödumisel edukaks tunnistatud pakkumise esitanud pakkujale edukaks tunnistamise otsuse kättetoimetamisest.¹²⁸ Eeltoodust tulenevalt ei saa kehtiva RHS-i ega ka RHS-i eelnõu kohaselt¹²⁹ edukaks tunnistamise otsuse kättetoimetamist samastada pakkumusele nõustumise andmisega.

Kuigi õiguskirjanduses on asutud ka seisukohale, et hankemenetluse puhul on tegemist enampakkumise eriregulatsiooniga ning seetõttu tuleb lugeda hankeleping sõlmituks alates nõustumist väljendava tahteavalduse tegemisest, mitte selle kättesaamisest pakkumuse esitaja poolt,¹³⁰ ei nõustu autor sellise käsitlusega. Vaatamata sellele, et tahteavalduste tegemise ning hankelepingu sõlmituks lugemise osas kohaldatakse võlaõigusseadust, on enampakkumise puhul tegemist lepingusõlmimise erikorraga ning seda rakendatakse eraõiguslikele vabatahtlikele ja seaduses sätestatud enampakkumistele, kui vastava enampakkumise suhtes eriregulatsioon puudub.¹³¹ Riigihankemenetlus on aga avalik-õiguslik erimenetlus, s.t seaduses on sätestatud eriregulatsioon, mistõttu ei saa autori hinnangul lähtuda hankelepingu sõlmimisel VÕS §-st 10 ning ka pakkumusele antav hankija nõustus tuleb edukale pakkujale kätte toimetada.

Seega ei loeta reeglina hankelepingut sõlmituks hetkest, mil pakkujani on jõudnud hankija edukaks tunnistamise otsuse teade ega hetkest, mil hankija ja pakkuja hankelepingu allkirjastanud, vaid alles siis, kui pakkujani on jõudnud hankija nõustus. Sellest tulenevalt ei pruugi olla väär hankijate senine praktika, milles hankeleping sõlmitakse eraldi dokumendina ning loetakse jõustunuks allkirjastamise hetkest, sest alates sellest hetkest võib hankija olla andnud esimest korda oma nõustumuse pakkujale. Kui aga hankija on juba enne allkirjastamist andnud nõustumuse, siis ei oma hankelepingu allkirjastamine enam õiguslikku tähendust, välja arvatud juhul, kui hankija on RHS § 69 lg 2 alusel näinud hanke alusdokumentides ette, et hankeleping loetakse sõlmituks alates allkirjastamisest.¹³² Hankija

¹²⁶ Vt kohtujuristi J. Mischo arvamus, EKo 10.06.1999, C-81/98, *Alcatel Austria AG jt*, p 36.

¹²⁷ Riigihangete seadus. - RT I 2001, 40, 224... RT I 2007, 15, 76.

¹²⁸ RHS v.r § 53.

¹²⁹ Uue RHS-i eelnõu kohaselt jääb hankelepingu sõlmimise regulatsioon samaks. Vt riigihangete seaduse eelnõu (SE 204) seletuskiri, lk 30-31 ja 115.

¹³⁰ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura, 2014, lk 257-258 ja 477. Vastupidiselt on aga T. Tampuu varasemalt leidnud, et VÕS-s sätestatud konkursi regulatsiooni ei saa kohaldada juhul, kui on tegemist riigihankega. T. Tampuu. Sissejuhatus lepinguväliste võlasuhete õigusesse: üldprobleemid, tasu avaliku lubamise ning asja ettenäitamise õigus. *Juridica IV/2002*, lk 237-238.

¹³¹ I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 10 komm. 3, lk 69.

¹³² Vt riigihangete seaduse eelnõu (SE 204) seletuskiri, lk 30-31.

võimalus näha hanke alusdokumentides ette hankelepingu sõlmimine alates allkirjastamisest on selgemini reguleeritud uues RHS-i eelnõus.¹³³

Eeltoodud problemaatika hankelepingu sõlmimise ajast ning RHS § 53 kohaldumisest tuli ilmekalt esile haldusasjas nr 3-14-51790. Vaidluse asjaolude kohaselt oli hankija teinud otsuse pakkuja edukaks tunnistamise kohta ning saatnud pakkujale allkirjastatud hankelepingu, mille järel pakkuja võttis pakkumuse tagasi ning hankija kuulutas edukaks järgmise pakkumuse.¹³⁴ Nii VAKO, halduskohus kui ka ringkonnakohus leidsid, et kuivõrd hankija oli allkirjastanud hankelepingu ning saatnud selle pakkujale, siis oli hankija andnud sellega oma nõustumuse ning hankeleping oli juba sõlmitud. Kuna hankeleping oli juba sõlmitud ja hankemenetlus oli lõppenud RHS § 29 lg 3 p 1 alusel, siis puudus hankijal õigus teha otsust, millega tunnistada edukaks järgmine pakkumus.¹³⁵ VAKO ega kohtud ei analüüsinud küll pakkumuse tagasivõtmist, kuid nende otsustest järeldub, et hankemenetlus oli hankija nõustumuse andmisega lõppenud, mistõttu ei olnud pakkujal enam võimalik pakkumust tagasi võtta ega hankijal järgmist pakkujat edukaks tunnistada.

Magistritöö kirjutamise ajal on uue RHS-i eelnõu teise lugemise ajal arvestatud muudatuse ettepanekuga, millega soovitakse täiendada hankemenetluse jätkamise regulatsiooni eduka pakkumuse tagasivõtmise korral selliselt, et see regulatsioon kehtiks ka juhtudel, kui hankeleping on nõustumuse andmisega sõlmitud, kuid pakkuja ei asu temast tulenevatel põhjustel hankija määratud aja jooksul hankelepingut täitma.¹³⁶ Teisisõnu on seadusandja nentunud, et nõustumuse andmise järel on hankeleping sõlmitud, hankemenetlus lõppenud ning hankemenetluse jätkamise regulatsioon pakkumuse tagasivõtmise korral ei kohaldu. Samas on nähtud vajadust vältida pahatahtlikust edukast pakkujast tulenevatel põhjustel uue hankemenetluse korraldamise kohustust.¹³⁷ Autor nõustub, et kehtiv regulatsioon ei võimalda hankijal pärast nõustumuse andmist jätkata hankemenetlusega ning uue hankemenetluse korraldamine on ebamõistlikult koormav, kui tegelikkuses oli juba lõppenud hankemenetluses teisi pakkumusi, mida edukaks tunnistada. Seetõttu on selline muudatusettepanek tervitatav. Muudatuse tulemusena peaks hankijal sellisel juhul olema õigus rakendada seega nii lepingulisest suhtest tulenevaid õiguskaitsevahendeid kui ka riigihangete seadusest tulenevat kahju hüvitamise nõuet.

¹³³ Riigihangete seaduse eelnõu (SE 204), § 120. Vt ka Riigihangete seaduse eelnõu (SE 204) seletuskiri, lk 115.

¹³⁴ TlnRK 21.11.2014 otsus haldusasjas nr 3-14-51790, p 3 ja 6.

¹³⁵ Samas, p-d 6, 10 ja 15.

¹³⁶ Muudatusettepanekute loetelu riigihangete seaduse (204 SE II) eelnõu juurde, p 43, lk 26. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus> (01.05.2017).

¹³⁷ Samas, lk 27.

Eeltoodut kokku võttes ei kohaldu RHS § 53 juhul, kui hankeleping on juba sõlmitud. Kui edukas pakkuja võtab pakkumuse tagasi pärast edukaks tunnistamise otsust, kuid näiteks ooteaja jooksul, siis on hankijal õigus nõuda kahjuhüvitist RHS § 53 alusel. Pärast hankelepingu sõlmimist on hankijal võimalik lähtuda aga üksnes eraõiguslikest õiguskaitsevahenditest, mis on sätestatud konkreetse lepingu liigi kohta.

2.1.2. Pakkumuse tagasivõtmine enne edukaks tunnistamise otsust

RHS § 34 lg 5 normi koosseisu grammatilisest tõlgendamisest järeldub, et see säte kohaldub juhtudel, mil pakkuja võtab pakkumuse selle jõusoleku tähtaja jooksul tagasi, sõltumata sellest, millises faasis hankemenetlus parasjagu on. RHS § 53 lg 1 sõnastusest nähtub seevastu justkui kohalduks see norm üksnes edukaks tunnistatud pakkumuse tagasivõtmise puhul ehk ajal, mil pakkumuse jõusoleku tähtaeg ei ole möödunud, kuid pakkumus on tunnistatud edukaks. Seega tuleb analüüsida tagatise ja hankija kahjuhüvitise nõude regulatsiooni ja vastata küsimusele, kas RHS § 53 regulatsioon kohaldub üksnes juhtudel, kui pakkuja võtab oma pakkumuse tagasi pärast edukaks tunnistamist või kohaldub see paralleelselt tagatise regulatsiooniga ka juhtudel, mil pakkuja on pakkumuse tagasivõtnud pakkumuse jõusoleku tähtaja jooksul, kuid enne pakkumuse edukaks tunnistamist.

Eeltoodud küsimusele vastates tuleb analüüsida pakkumuse tagasivõtmise lubatavust ning selle õiguslikku mõju hankemenetluse kulgemisele. Sellega seonduvalt võib püstitada kaks teineteist välistavat käsitlust: (1) pakkumuse tagasivõtmine pärast pakkumuste esitamise tähtaega on võimalik, selle tulemusel ei saa hankija enam pakkumusest lähtuda ega seda edukaks tunnistada ning RHS § 53 ei kohaldu juhtudel, kui pakkumus võeti tagasi enne edukaks tunnistamist või (2) pakkumuse tagasivõtmine pärast pakkumuste esitamise tähtaega, kuid enne edukaks tunnistamise otsust ei too kaasa pakkumuse väljalangemist hankemenetlusest ning hankijal on õigus lähtuda RHS §-st 53 ning tunnistada edukaks järgmine pakkumus ning nõuda pakkumuste maksumuste vahe hüvitamist.

D. Minumets ja P. Kulm on leidnud, et riigihankes esitatava pakkumuse siduvus ei tähenda selle tagasivõtmatust ehk nõ absoluutset siduvust, vaid pakkuja kohustust mitte võtta oma pakkumust selle jõusoleku tähtaja jooksul tagasi.¹³⁸ Sealjuures on viidatud autorid tuginenud Riigikohtu 2006. a lahendile, milles Riigikohus märkis, et pakkumuse tagasivõtmise tõttu kaotas ostja võimaluse sõlmida hankeleping kaebuse esitaja pakkumise tingimustel, mis olid esitatud pakkumuste hulgas ilmselt soodsaimad.¹³⁹ Samuti on eeltoodud seisukohta põhistatud

¹³⁸ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 258.

¹³⁹ Samas. RKTko 3-2-1-58-06, p 14.

selle, et RHS § 34 lg-st 1 ja § 53 lg-st 1 nähtuvalt arvestab RHS võimalusega, et pakkuja võtab oma pakkumuse tagasi ka selle jõusoleku tähtaja jooksul. Pakkumuse tagasivõtmise tagajärjena on leitud, et sellisele pakkumusele hankija poolt antud nõustumus ei loo lepingulist suhet, kuid pakkuja peab arvestama RHS §-des 34 ja 53 sätestatud sanktsioonidega, mille eesmärk on tagada pakkujate tegevuse heauskus pakkumuse esitamisel ja hankija õigustatud ootus pakkumuse kehtivusele esitatud kujul kogu selle jõusoleku aja vältel.¹⁴⁰

Viidatud seisukohtades ei ole pakkumuse tagasivõetavuse juures analüüsitud seda, kas enne edukaks tunnistamist tagasi võetud pakkumuse puhul on võimalik rakendada RHS §-s 53 sätestatud, vaid on üldsõnaliselt nenditud, et pakkumuse tagasivõtmisel peab pakkuja arvestama nii RHS §-s 34 kui ka RHS §-s 53 sätestatud tagajärgedega. Autor mõnab, et RHS § 34 ja § 53 grammatilisel tõlgendamisel on võimalik asuda seisukohale, et riigihangete seadus arvestab võimalusega võtta pakkumus tagasi. Samamoodi on RHS § 53 lg-t 1 üksnes lingvistiliselt analüüsides võimalik järeldada, et RHS § 53 regulatsioon kohaldub üksnes juhul, kui pakkumus on tagasi võetud pärast pakkumuse edukaks tunnistamist. Seda järeldust toetab RHS § 53 lg 1, mille normi dispositioon näeb eeldusena ette edukaks tunnistatud pakkumuse tagasivõtmise. Samas ei pruugi selline järeldus olla kooskõlas hankija kahjuhüvitise regulatsiooni funktsioonidega. Õigusprobleemi lahendamisel tuleb küll alustada grammatilisest tõlgendamisest, kuid sellelt tõlgendamismeetodilt tuleb edasi liikuda teiste tõlgendamisviiside juurde (süsteemiline, ajalooline või teleoloogiline).¹⁴¹ Teisisõnu, niipea kui tekivad õiguslikud küsimused, mida ei saa lahendada grammatilise ehk lingvistiliste argumentidega, tuleb minna teiste tõlgendamismeetodite juurde.¹⁴² Alljärgnevalt analüüsib autor, kas grammatilise tõlgenduse järeldust toetavad ka süsteemilise ja teleoloogilise tõlgenduse tulemid.

Eeltoodud õiguskirjanduses väljendatud seisukohtades tuginetakse küll Riigikohtu varasemale lahendile, kuid sealjuures ei võeta esiteks arvesse asjaolu, et viidatud Riigikohtu lahend on tehtud enne 2007. a kehtinud riigihangete seaduse alusel, mis ei sisaldanud hankija kahjuhüvitamise nõuet eduka pakkumuse tagasivõtmise puhul.¹⁴³ Teiseks käsitles viidatud lahend kitsalt pakkumuse tagatise realiseerimist. Kolmandaks, nentis Riigikohus küll asjaolu,

¹⁴⁰ Samas. Autorid viitavad sealjuures ka VAKO 08.12.2010 otsusele nr 239-10/-.

¹⁴¹ Vt I. Kull. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010, § 3 komm 3.2.1., lk-d 10-11.

¹⁴² Vt R. Alexy. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. Juridica 2001 eriväljanne, p 1.2.

¹⁴³ Riigihangete seadus. - RT I 2000, 84, 534...RT I 2007, 15, 76. RHS v.r § 52 lg-d 4 ja 5 nägid küll ette, et kui edukaks tunnistatud pakkumise esitanud pakkuja ei soovi oma pakkumises esitatud tingimustel hankelepingut sõlmida või ei soovi seda sõlmida muudel põhjustel, siis lükkab ostja pakkumise tagasi ning kuulutab edukaks järgmise pakkuja, kuid ei näinud ette hankelepingu keeldumisest

et pakkumuse tagasivõtmisel ei saa hankija sõlmida enam sellistel tingimustel hankelepingut, kuid ei käsitlenud seda, kuidas hankija peab hankemenetlusega jätkama juhul, kui pakkumus võetakse tagasi enne edukaks tunnistamise otsust. Samuti on Riigikohus küll hilisemates lahendites viidanud, et hankijal on õigus nõuda pakkujalt kahju hüvitamist üksnes juhul, kui selle pakkuja pakkumus oli tunnistatud edukaks, kuid pakkuja võttis pakkumuse hankijast olenematutel põhjustel tagasi,¹⁴⁴ kuid ei ole andnud seisukohta hankemenetluse jätkumise kohta olukorras, kui pakkumus võetakse tagasi enne edukaks tunnistamise otsust.

Pakkumuse siduvuse problemaatikat analüüsisides, tuleb silmas pidada RHS § 53 eesmärke. Töö eelmises peatükis on jõutud järeldusele, et hankija kahjuhüvitise nõude üheks peamiseks funktsiooniks on tagada reaalsete pakkumuste esitamine ja hoida ära hankemenetlusega manipuleerimist. Riigikohus on RHS § 31 lg 2 p-st 11 ja § 43 lg-st 1 lähtuvalt asunud seisukohale, et pakkuja on üldjuhul seotud oma pakkumusega hankedokumentides märgitud tähtaja jooksul ja peab olema valmis hankijaga hankedokumentides märgitud tingimustel hankelepingut kogu selle tähtaja vältel sõlmima, mistõttu on pakkujal kohustus hankeleping pakkumuse jõusoleku tähtaja jooksul sõlmida ning alles pärast selle tähtaja möödumist võib pakkuja üldjuhul hankelepingu sõlmimisest õigustatult keelduda.¹⁴⁵ Pakkumuse tagasivõtmisel selle jõusoleku tähtaja jooksul peavad pakkujad arvestama, et nad on pakkumusega seotud hankedokumentides märgitud tähtaja jooksul, ning sellest tulenevalt kandma ka sel ajavahemikul majandusrisi.¹⁴⁶ Sellega on Riigikohus autori hinnangul selgitanud, et pakkumuse õigustamatul tagasivõtmisel kannab sellele järgnevaid riske pakkuja, mitte hankija.

Eelnevast lähtuvalt on autori arvates ebaõige tõlgendada RHS § 53 lg-t 1 selliselt, et see kohaldub üksnes juhul, kui pakkumus on tagasi võetud enne edukaks tunnistamise otsust. RHS § 53 üheks peamiseks eesmärgiks on tagada reaalsete pakkumuste esitamine ja nende jõusolek. Kui RHS § 53 kohalduks üksnes pärast edukaks tunnistamist tagasi võetud pakkumuste osas, siis muutuks RHS § 53 suures ulatuses sisutuks, kuivõrd see võimaldaks kuritarvitada pakkumuse jõusoleku regulatsiooni. Sellise juhul võiksid pakkujad teha läbimõtlematu pakkumuse või ilma tegeliku kavatsuseta sõlmida hankeleping selleks, et näiteks teada saada konkurentide pakutavate asjade või teenuste hinnad¹⁴⁷ ning võtta

¹⁴⁴ RKTko 3-2-1-56-13, p 12; RKTko 3-2-1-194-13, p 10.

¹⁴⁵ Vt RKTko 3-2-1-194-13, p 11.

¹⁴⁶ Samas.

¹⁴⁷ RHS § 46 lg-st 2 ja 3 tulenevalt peab hankija koostama protokollid pakkumuste avamise kohta ning märkima protokollid pakkujate nimed ja esitatud pakkumuste maksumused või hindamise kriteeriumitele vastavad väärtused ning esitama protokollid koopia kõigile pakkujatele kolme tööpäeva jooksul alates pakkumuste avamisest.

pakkumus tagasi vahetult enne edukaks tunnistamise otsust, ilma et hankija saaks tema vastu esitada RHS §-st 53 tulenevat kahjuhüvitise nõuet. Selline tõlgendus ei oleks kooskõlas RHS § 53 otstarbega, sest ei aitaks tagada reaalsete pakkumuste esitamist ega tagada hankemenetluse läbipaistvust ega ausust.

Autor ei nõustu õiguskirjanduses toodud seisukohaga pakkumuse absoluutse siduvuse puudumise kohta. Selline seisukoht võimaldab teha järelduse, et RHS võimaldab siiski võtta pakkumus tagasi ka pärast pakkumuse esitamise tähtaega ning pakkumuse siduvuse puudumise tõttu justkui selline pakkumus enam hankemenetluses ei osale. Autori hinnangul ei näe riigihangete seadus eraldi alust võtta pakkumus tagasi, vaid RHS § 34 lg-ga 5 ja §-ga 53 nähakse ette imperatiivsed tagajärjed, mida hankija peab rakendama, kui pakkuja on teinud tahteavalduse, milles ta on väljendanud soovi mitte oma pakkumusega seotud olla.

Riigihangete seadus sätestab ranged piirangud, millal on võimalik pakkumus tagasi võtta – seda on võimalik teha üksnes kuni pakkumuste esitamise tähtaja saabumiseni.¹⁴⁸ Pärast seda tähtaega ei ole võimalik enam pakkumust tagasi võtta ning asjaolu, et nii tagatise kui ka kahjuhüvitamise regulatsioon viitavad pakkumuse tagasivõtmisele ei tähenda seda, et hankija peaks selliste pakkumustega automaatselt mitte arvestama edasises menetluses. Vastupidiselt ei näe pakkujate kvalifitseerimise¹⁴⁹ ja pakkumuste vastavuse kontrollimise¹⁵⁰ ega pakkumuste hindamise ja edukaks tunnistamise¹⁵¹ regulatsioonid ette alust kõrvaldada pakkuja või lükata pakkumus tagasi põhjusel, et pakkuja on avaldanud tahet mitte olla enam seotud enda pakkumusega. Riigihangete seadus ei näe ette pakkumuse tagasilükkamist ega muul moel sellega mitte arvestamist pakkumuse tagasivõtmise korral. Seega peab hankija läbima kõigi esitatud pakkumuste osas toimingud ning tegema nende suhtes seaduses sätestatud otsused.

RHS-i v.r.¹⁵² § 52 lg 4 nägi ette pakkumuse tagasi lükkamise juhul, kui edukaks tunnistatud pakkumus võetakse tagasi. Kehtiv seadus ega ka uue RHS-i eelnõu¹⁵³ seda ette ei näe, vaid kohustab hankijat tunnistama edukaks järgmise pakkuja, mistõttu on alust järeldada, et pakkuja ja tema esitatud pakkumus ei lange pakkumuse tagasivõtmisel hankemenetlusest

¹⁴⁸ RHS § 44 lg 2. Selles osas näeb RHS ette suurema ajavahemiku pakkumuse tagasivõtmiseks kui TsÜS § 72, mille kohaselt on võimalik pakkumust kui tahteavaldust tagasi võtta üksnes siis, kui tahteavaldust tagasivõttev tahteavaldus jõuab samal ajal või enne esialgset tahteavaldust. RHS-i alusel tuleneb pakkujatele pakkumuse esitamise tähtaja regulatsioonist tõttu võimalus esitada pakkumuse tagasivõtmise tahteavaldus ka pärast pakkumuse kohale jõudmist, kuid enne pakkumuste esitamise tähtaega.

¹⁴⁹ RHS § 38-41.

¹⁵⁰ RHS § 47.

¹⁵¹ RHS §-d 50 ja 53.

¹⁵² Riigihangete seadus. - RT I 2000, 84, 534...RT I 2007, 15, 76.

¹⁵³ RHS-i eelnõu (SE 204) § 119.

välja. Kuna riigihangete seadus ei näe ette pakkumuse tagasivõtmise tõttu pakkuja kõrvaldamist ega pakkumuse mittevastavaks tunnistamist, siis peab hankija jätkama hankemenetlust selle pakkumuse osas ning juhul, kui selline pakkumus osutub edukaks, peab hankija RHS § 53 lg 1 alusel tunnistama edukaks hinna või majandusliku soodsuse poolest järgmise pakkuja. Seega ei saa tekkida olukorda, kus pakkuja avaldab soovi oma pakkumus tagasi võtta, kuid sellele vaatamata annab hankija sellele pakkumusele oma nõustumuse, mille tulemusel on hankeleping sõlmitud ning alates millest kohalduvad lepinguõiguslikud õiguskaitsevahendid lepingu mittetäitmisel.¹⁵⁴

Selline formaalsus, mis kohustab hankijat läbima kõik riigihangete seaduses sätestatud vajalikud toimingud tagab hankemenetluse läbipaistvuse, aususe ja pakkujate võrdse kohtlemise.¹⁵⁵ Kui jaatada võimalust, et pakkuja saab oma pakkumuse tagasi võtta ja selle siduvuse täielikult lõpetada pärast pakkumuste esitamise tähtaega, vabaneks pakkuja, kes võtab pakkumuse tagasi enne edukaks tunnistamist, põhjendamatult kahju hüvitamise kohustusest. Kui hankija ei ole määranud ka tagatise andmise kohustust,¹⁵⁶ ei järgneks pakkujale mingeid sanktsioone. Samal ajal peavad pakkujad, kes taipavad oma võimetust täita hankelepingut alles pärast edukaks tunnistamist, otsustama, kas riskida sellega, et hankija esitab nende vastu kahjuhüvitise nõude või riskida, et nad rikuvad hiljem sõlmitavat hankelepingut ja hankija esitab nende vastu lepingulisest suhtest tulenevaid nõudeid. Samas, nagu märgitud, on RHS-i § 53 enda otstarve kui ka seadusandja eesmärk tagada reaalsete, tõsiseltvõetavaid pakkumuste esitamist ning mitte esitada pakkumus ilma kavatsuseta sõlmida hankeleping.

Samuti on Riigikohus asunud seisukohale, et pakkujad peavad kandma pakkumuse jõusoleku tähtaja jooksul sellega seonduvat majandusriski. Kui pakkumuse siduvus ei oleks absoluutne, siis ei kannaks pakkuja sisuliselt muud riski peale pakkumuse tagatise tagastamata jätmise – sedagi üksnes juhul, kui hankija on hankedokumentides kehtestanud tagatise andmise nõude. Eeltoodust tulenevalt leiab autor, et RHS § 34 lg 5 ning § 53 lg 1 ei anna eraldiseisvat alust pakkujale oma pakkumus tagasi võtta ega murra pakkumuse siduvust selle jõusoleku aja jooksul. RHS § 34 lg 5 ega § 53 lg 1 ei reguleeri pakkumuse siduvust ega määra selle staatust hankemenetluses pärast pakkumuse tagasivõtmist, vaid reguleerib pakkuja poolt õigustamatut pakkumuse tagasivõtmist ning näeb ette juhised hankijale, mitte tagastada tagatist ning tunnistada edukaks järgmine pakkumus.

¹⁵⁴ Vt käesoleva magistritöö ptk 1.2.1.

¹⁵⁵ Vt RHKHo 3-3-1-100-06, p 14.

¹⁵⁶ Tagatise nõudmine ei ole RHS § 34 lg 1 alusel kohustuslik.

Eeltoodu ei lähe autori hinnangul vastuollu ka Rügikohtu varasema seisukohaga, et pakkumuse tagasivõtmisel ei saa hankija sõlmida hankelepingut määratud tingimustel¹⁵⁷ ega VAKO seisukohaga, et tagasi võetud pakkumusele antav hankija nõustumus ei loo lepingulist suhet.¹⁵⁸ Kehtiv seadus ei võimalda hankijal anda lõppastmes nõustumust tagasi võetud pakkumusele ega sõlmida hankelepingut, sest RHS § 53 kohustab hankijat edukaks osutunud, kuid tagasi võetud pakkumuse asemel tunnistama edukaks järgmise pakkumuse.

Lisaks eeltoodule kasutab RHS § 53 oma sõnastuses „eduka pakkumuse tagasivõtmist“ põhjusel, et hankijal puudub vajadus tunnistada edukaks järgmine pakkumus, kui tagasi võetud pakkumus ei ole osutunud edukaks. Sellisel juhul ei ole hankijale tekkinud ka kahju, sest hankijal ei ole saanud tekkida täitmishuvi sellise pakkumuse vastu.¹⁵⁹ Sätte sõnakasutus jätab küll mulje, et RHS § 53 kohaldub üksnes siis, kui pakkumus on tagasi võetud pärast edukaks tunnistamist, kuid nagu märgitud, ei ole selline tõlgendus sätte otstarbega ega seadusandja tahtega kooskõlas. Põhjus, miks RHS § 53 lg 1 normikoosseis viitab edukaks tunnistatud pakkumusele võib seisneda autori hinnangul selles, et juhul, kui pakkuja on võtnud oma pakkumuse tagasi, kuid tema pakkumus ei osutunud edukaks, siis ei kaasne sellega hankija kahjuhüvitamise nõuet tema vastu. Teisisõnu konkretiseerib RHS § 53 seda, et nõue ei ole igasuguse pakkuja vastu, kes pakkumuse tagasi võtab, vaid üksnes edukaks osutunud pakkuja vastu.

Ka Saksa õiguse kohaselt on sarnaselt RHS-le pakkumus pärast pakkumuste esitamise tähtaega siduv kuni pakkumuse jõusoleku tähtaja lõpuni¹⁶⁰ ning pakkuja ei saa seda pärast pakkumuste esitamise tähtaega pakkumuse jõusoleku ajal tagasi võtta.¹⁶¹ Ainsa erandina on pakkujal võimalik tühistada oma pakkumus erandlikel juhtudel BGB § 119 jj alusel.¹⁶² Kui pakkuja avaldab pakkumuse jõusoleku tähtaja jooksul, et ta ei loe enam enda pakkumust siduvaks, siis on tegemist lepingueelse võlasuhte rikkumisega ning hankijal on sellest

¹⁵⁷ RKTko 3-2-1-58-06, p 14.

¹⁵⁸ VAKO 08.12.2010 otsus nr 239-10/-, p 8.

¹⁵⁹ See kehtib olukorras, kus pakkujaid on mitu, mistõttu paremusjärjestuses tagapool olev pakkumuse tagasivõtmine ei põhjusta ka hankemenetluse kehtetuks tunnistamist.

¹⁶⁰ Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A), jõustunud 20.11.2009, VOL/A § 10 lg 2; Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A (VOB/A), jõustunud 18.04.2016, VOB/A § 10 lg 2; BGB § 130 lg 1 ja § 145; vt O. Reidt. Beck'scher Vergaberechtskommentar. 2. Auflage. C.H.Beck München 2013. VOB/A § 10 Rn. 59 – 68.

¹⁶¹ I. Franzius. Vergaberecht. Handkommentar. 2. Auflage. NomosKommentar 2015. VOB/A § 10 Rn. 22. Nii on see ka Austria õiguses. Vt M.Holoubek, C. Fuchs, K. Holzinger. Vergaberecht. 2., aktualisierte Auflage. Springer 2012, lk 158.

¹⁶² I. Franzius. Vergaberecht. Handkommentar. 2. Auflage. NomosKommentar 2015. VOB/A § 10 Rn 22; M. Städler. Der Umgang mit anfechtbaren Angeboten und Praxisfragen der dritten Wertungsstufe, NZBau 2014, 472-474. Selliseks erandiks tuleb eelkõige kõne alla tühistamine eksimuse tõttu. Enamasti on pakkujad tuginenud kalkulatsiooni või muudele vigadele pakkumuse maksumuse määramisel, mis aga kohtupraktika kohaselt jäävad pakkuja enda riisikosfääri. – vt selle kohta I. Franzius. Vergaberecht. Handkommentar. 2. Auflage. NomosKommentar 2015, Rn 23-26.

tulenevalt õigus nõuda kahju pakkujalt BGB § 311 lg 2 ja § 280 alusel.¹⁶³ Seetõttu ei oma autori hinnangul ka Saksa õiguses hankija kahjuhüvitise nõude eelduste puhul tähtsust, kas pakkumus võeti jõusoleku tähtaja jooksul tagasi enne edukaks tunnistamist või pärast seda. Kui siduva pakkumuse tagasivõtmine ei olnud õigustatud, st ei olnud tehtud riigihankeõiguses¹⁶⁴ lubatud aja jooksul ega ole erandlike asjaolude ilmnemisel seaduspäraselt tühistatud, on tegemist lepingueelse võlasuhte rikkumisena, mis annab hankijale aluse nõuda ka positiivsele huvile (täitmishuvile) suunatud kahju hüvitamist, sõltumata, mis hankemenetluse etapis pakkumus tagasi võeti.¹⁶⁵

Hiljutises kohtulahendis on ringkonnakohus nõustunud, et pärast pakkumuste esitamise tähtaja möödumist ei saa pakkumust tagasi võtta.¹⁶⁶ Samal põhjusel on kohus asunud ka seisukohale, et pakkuja varasemal tahteavaldusel, mis tehti vahetult pärast pakkumuste esitamise tähtaega, puudub riigihangete seaduse kohaselt tagajärg hankelepingu sõlmimisele.¹⁶⁷ Viidatud vaidluses oli tegemist mõnevõrra ebatavalise olukorraga, kus pakkuja oli vahetult pärast pakkumuse esitamise tähtaega teinud tahteavalduse oma pakkumuse tagasivõtmiseks seoses suure töömahu tõttu tekkinud suutmatusega hankelepinguga soovitud tööd teha,¹⁶⁸ kuid pärast edukaks tunnistamise otsust näitas pakkuja üles tahet lepingut täita, tehes ettepaneku hankelepingu täitmise tähtaja pikendamiseks.¹⁶⁹ Vaidluses tuvastas ringkonnakohus lõppastmes konkludentsetl hankelingu sõlmimisest keeldumise, kuid asus seisukohale, et kuigi pakkuja (subjektiivne) soov võis olla peale pakkumuste avamist pakkumus tagasi võtta, ei saanud seda käsitleda pakkumuse tagasivõtmisena RHS § 53 lg 1 p-de 1 ja 2 mõttes.¹⁷⁰ Autor ei nõustu sellise seisukohaga. Kui pakkuja on enne edukaks tunnistamist avaldanud ühemõtteliselt tahet mitte olla seotud oma pakkumusega ning põhjendanud seda suutmatusega täita sõlmitavat hankelepingut, siis saab hankija sellist pakkuja tahteavaldust käsitleda pakkumuse tagasivõtmisena RHS § 53 lg 1 mõttes. Sellisel juhul puudub hankijal autori hinnangul vajadus teha pärast pakkumuse edukaks tunnistamist kindlaks, kas pakkuja jääb endiselt oma pakkumust tagasivõtva tahteavalduse juurde, st keeldub hankelepingu sõlmimisest. Konkreetsete ja ühemõtteliste tahteavaldustega, milles pakkuja kinnitab oma suutmatust täita hankelepingut, kaob hankijal veendumus hankelepingu täitmisesse ning usaldus pakkujasse. Nii on ka näiteks Saksa

¹⁶³ Vt M. Planker. VOB Teile A und B. Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV). 5. Auflage. C. H. Beck München 2015. VOB/A § 10 Rn. 31.

¹⁶⁴ Ennekõike VOB/A-s ja VOL/A-s ettenähtud korras ehk enne pakkumuste esitamise tähtaja lõppu.

¹⁶⁵ Vt ka BGH 24.11.2005, VII ZR 87/04, otsuse p-d 11-12.

¹⁶⁶ TlnRnK 09.11.2016 otsus tsiviilasjas nr 2-16-216, p 9.

¹⁶⁷ Samas, p 12.

¹⁶⁸ Samas, p 1.

¹⁶⁹ Samas, p 10.

¹⁷⁰ Samas, p 13.

õiguses leitud, et suuline pakkumuse tagasivõtmise tahteavaldus on küll vormipuuduse tõttu kehtetu, kuid hankijale ei saa selle alusel ette heita sellise pakkuja pakkumusega mitteametust, sest hankijal puuduks positiivne prognoos hankelepingu kohasesse täitmisesse ning pakkuja usaldusväärusesse.¹⁷¹

Eeltoodud põhjendustel kohaldub autori hinnangul RHS § 53 ka juhul, kui pakkuja on võtnud pakkumuse tagasi pärast pakkumuse esitamise tähtaega, kuid enne pakkumuse edukaks tunnistamise otsust.

2.1.3. Pakkumuse tagasivõtmise tahteavalduse tõlgendamine ja vorm

Pakkumuse puhul on tegemist pakkuja tahteavaldusega. Kuna RHS ei sätesta tahteavalduse tõlgendamise osas erinorme, tuleb pakkumuse tõlgendamise puhul lähtuda tsiviilseadustiku üldosa seadusest¹⁷² (TsÜS). Kohtupraktikas on leidnud kinnitust, et pakkumuse tagasivõtmise puhul on tegemist kindlale isikule suunatud tahteavaldusega, TsÜS § 75 lg 1 tähenduses.¹⁷³ Seetõttu tuleb pakkuja poolt enda pakkumuse kohta tehtavat tahteavaldust tõlgendada vastavalt pakkuja tahtele, kui hankija seda tahet teadis või pidi teadma. Kui hankija pakkuja tegelikku tahet ei teadnud ega pidanudki teadma, tuleb tahteavaldust tõlgendada nii, nagu hankijaga sarnane mõistlik isik seda samadel asjaoludel mõistma pidi.¹⁷⁴

Pakkujad on praktikas esitanud hankija kahjunõude osas vastuväite, et nende esitatud tahteavaldus hankemenetluses ei tähendanud pakkumuse tagasivõtmist. Peamine pakkujate argument sellistel juhtudel on olnud, et pakkujad soovisid juhtida hankija tähelepanu näiteks järgmistele asjaoludele: pakkumuse puhul on tegemist näiteks põhjendamatult madala maksumusega pakkumusega,¹⁷⁵ mistõttu tuleb pakkumus tagasi lükata, hankija peab ühispakkujad kõrvaldama likvideerimismenetluse tõttu¹⁷⁶ või pakkumus ei vasta hankedokumentides nõutud tingimustele.¹⁷⁷

Teadet, millega ühispakkujad nendivad, et nad ei saa ühe pakkuja likvideerimise tõttu täita riigihankes võetuid kohustusi, on kohtupraktikas tõlgendatud üheselt hankemenetluses osalemise loobumisena.¹⁷⁸ Seega on võimalik pakkujate teateid hankelepingu täitmise suutmatuse kohta lähtuvalt TsÜS § 75 lg 1 ls-st 1 tõlgendada pakkumuse tagasivõtmisena.

¹⁷¹ O. Reidt. Beck'scher Vergaberechtskommentar 2. Auflage. C.H. Beck München 2013. VOB/A § 10 Rn. 53.

¹⁷² Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I, 12.03.2015, 106.

¹⁷³ RKHKo 3-3-1-58-06, p 11.

¹⁷⁴ Vt TsÜS § 75 lg 1 ls 2.

¹⁷⁵ Vt RKTko 3-3-1-58-06, p 3.

¹⁷⁶ Vt RKTko 3-2-1-56-13, p 2.

¹⁷⁷ Harju Maakohtu 22.02.2017 otsus tsiviilasjas nr 2-15-9421 (jõustumata kohtuotsus, koopia autori valduses), p 3.

¹⁷⁸ RKTko 3-2-1-56-13, p 4 ja p 14; TrtRnK 07.11.2013 otsus tsiviilasjas nr 2-11-9612, p-d 1 ja 20.

Olukorras, kus pakkujad küll soovivad reaalselt pakkumusest taganeda, kuid sanktsioonide vältimiseks sõnastavad oma teated täitmise suutmatuse kohta hägusalt, on hankijatel soovituslik selliste teadete saamisel täpsustada pakkujatelt, kas nad soovivad oma pakkumuse tagasi võtta ning selgitada pakkumuse tagasivõtmise tagajärgi tulenevalt RHS § 34 lg-st 5 ja §-st 53. Kui pakkuja väidab, et hankija pidi teadma, et tegemist ei olnud pakkumuse tagasivõtmisega, vaid muude asjaolude selgitamisega, siis on pakkujal kohustus tõendada, et hankija teadis või pidi teadma pakkuja tegelikku taht. ¹⁷⁹ Kui pakkuja ei suuda tõendada, et hankija pidi teadma pakkuja taht, tuleb pakkuja tahteavaldust tõlgendada TsÜS § 75 lg 1 ls 2 kohaselt selliselt, kuidas mõistlik ¹⁸⁰ hankija sarnases olukorras seda mõistma pidi.

Hankelepingu sõlmimisest keeldumise korral väljendavad pakkujad harva sõnaselgelt oma taht mitte sõlmida hankelepingut. Keeldumise ebaselgus on asjakohane juhtudel, mil hankija on näinud hankedokumentides ette, et hankelepingu sõlmimine toimub hankelepingu allkirjastamisega, mitte üksnes hankija nõustumuse andmisega. ¹⁸¹ Sellisel juhul tuleb hinnata, kas pakkuja on konkludentse tahteavaldusega keeldunud hankelepingu sõlmimisest, lähtudes TsÜS § 68 lg-st 3. Selliseks teoks võib olla pakkuja nõue muuta sõlmitava hankelepingu olulisi tingimusi, näiteks lükata hankelepingu täitmise aega edasi. Hankedokumentidest erineva sisuga hankelepingu sõlmimine ei ole lubatud. ¹⁸²

Juhul, kui pakkuja ei ole tegudega andnud mõista hankelepingust keeldumisest võib kõne alla tulla hankelepingu sõlmimisest keeldumine tegevusetusega TsÜS § 68 lg 4 alusel. Nii on kohtupraktikas loetud hankelepingu allkirjastamata jätmine hankelepingu sõlmimisest keeldumiseks. ¹⁸³ Sellisel juhul ei ole tegemist konkludentse tahteavaldusega väljendatud keeldumisega, vaid tegevusetusega, mida on võimalik lugeda TsÜS § 68 lg 4 alusel kehtivaks

¹⁷⁹ Vt I. Kull. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010, § 75 komm 3.2.1, lk 239.

¹⁸⁰ Mõistlikkust sisustatakse VÕS § 7 lg 2 järgi. I. Kull. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010, § 75 komm 3.2.2, lk 240.

¹⁸¹ Vt käesoleva töö p 1.2.1.

¹⁸² Vt RKKKo 3-1-1-46-14, p 11.3. Riigikohtu kriminaalkollegium on põhjendanud seda sellega, et hankelepingu sõlmimise kohta ei ole RHS § 69 lg-ga 3 analoogset regulatsiooni, mis lubaks teatud erandjuhtudel sõlmida hankelepingu hankedokumentidest hälbiva sisuga. Sama on leidnud sisuliselt ka Riigikohtu halduskollegium, kui leidis EK praktikale tuginedes, et võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest tulenevalt peab hankija olema hankemenetluses avaldatud tingimustega seotud kuni hankelepingu täitmise lõpuni, vt RKKKo 3-3-1-31-11, p 16. Samas kohtuasjas nr 2-15-4714 ei pidanud maakohus hankija poolt hankelepingu täitmise tähtaja muutmist 12 kalendripäeva võrra lubamatuks. Selles asjas tuvastas kohus, et pakkuja ei keeldunud hankelepingut täitmast selle muudatuse tõttu ning hankedokumentides varsema kuupäeva kehtestamine oli inimlik eksitus. HMK 29.02.2016 otsus tsiviilasjas nr 2-15-4714, p 78 (koopia autori valduses).

¹⁸³ TlnRnK 16.11.2016 otsus tsiviilasjas nr 2-16-216, p 14. Kohus on küll käsitletud seda konkludentse tahteavaldusena, kuid viidanud õigusliku alusena TsÜS § 68 lg-le 4, mis käsitleb vaikimise ja tegevusetuse lugemist tahteavaldusena.

tahteavalduseks, sest pakkujal on riigihangete seadusest tulenevalt kohustus sõlmida hankeleping pakkumuse jõusoleku tähtaja jooksul.¹⁸⁴

Pakkuja võib oma tahteavalduses kasutada ka erinevat terminoloogiat, näiteks vihjata pakkumuse tühistamisele. Sellisel juhul tõusetub küsimus, kas tegemist võib olla pakkumuse tühistamisega TsÜS §-des 90-101 reguleeritud korras. Nagu eelnevalt mainitud on Saksa õigusteoorias jaatud erandlikku võimalust tühistada pakkumus ning seda eelkõige eksimuse alusel.¹⁸⁵ Selle analüüsimine, kas ka Eesti õiguse kohaselt on võimalik pakkumus tühistada TsÜS-is sätestatud tehingu tühistamise alustel, väljub käesoleva magistritöö piiridest ning vajaks eraldi käsitlemist. Pakkumuse tühistamise võimalikkus on oluline pakkuja tahteavalduse tõlgendamise kontekstis, sest kui jaatada pakkuja õigust pakkumus tühistada ning pakkuja on sellist tahet väljendanud, siis tuleb hinnata tühistamise õiguspärasust. Pakkumuse õiguspärasuse tühistamise tulemusena tekib olukord, milles pakkumus on algusest peale kehtetu.¹⁸⁶ Sellisel juhul ei ole võimalik realiseerida ka tagatist RHS § 34 lg 5 alusel ega nõuda kahju hüvitamist RHS § 53 alusel. Kui aga tühistamine ei ole õiguslikult põhjendatud, on selline tahteavaldus kehtetu ning seda tuleks käsitleda pakkumuse tagasivõtmise tahteavaldusena, sest see väljendab pakkuja tahet mitte olla oma pakkumusega enam seotud.

TsÜS § 72 alusel tehtav tagasivõttev tahteavaldus võib olla erinevas vormis võrreldes, sellega, millises vormis oli tehtud tagasivõetav tahteavaldus.¹⁸⁷ Samas näeb RHS § 44 lg 2 ette, et enne pakkumuse esitamise tähtpäeva tehtav pakkumuse tagasivõtmise tahteavaldus peab olema samas vormis, milles pakkumine. Pakkumus tuleb RHS § 44 lg 1 alusel esitada kirjalikult või elektroonilises¹⁸⁸ vormis. Õiguskirjanduses on asutud seisukohale, et pärast pakkumuse esitamist tehtud pakkumuse tagasivõtmise avalduse suhtes tuleks kohaldada analoogia korras RHS § 44 lg-t 2 ning eelistada seisukohta, et riigihankes esitatud pakkumust saab tagasi võtta üksnes pakkumusega samas vormis hankijale esitatud teatega.¹⁸⁹ Autor sellist seisukohta ei jaga. Esiteks on analoogia kohaldamine õigustatud siis, kui õiguslik lahendus on vajalik ja põhjendatud, kuid konkreetset normi, mis sobiks, ei ole ning küsimust

¹⁸⁴ Vt RKTko 3-2-1-194-13, p 11, milles Riigikohus tuletas kohustuse sõlmida hankeleping pakkumuse jõusoleku tähtaja jooksul RHS § 31 lg 2 p 11, § 43 lg 1 ja § 45 lg-te 1-2 alusel.

¹⁸⁵ Vt I. Franzius. Vergaberecht. Handkommentar. 2. Auflage. NomosKommentar 2015. VOB/A § 10 Rn 22; M. Städler. Der Umgang mit anfechtbaren Angeboten und Praxisfragen der dritten Wertungsstufe, NZBau 2014, 472-474.

¹⁸⁶ TsÜS § 90 lg 1 ls 3.

¹⁸⁷ P. Varul. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010, § 72 komm 3, lk 234.

¹⁸⁸ Kui pakkumused tuleb esitada e-riigihangete registris.

¹⁸⁹ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 259. Kuigi samad autorid on leidnud, et pakkumuse tagasivõtmine pärast pakkumuse esitamise tähtpäeva peaks olema võimalik ka muus vormis tehtud tahteavaldusega. Samas, lk 437.

ei ole võimalik lahendada ka olemasolevate sätete võimalikult laia tõlgendamise kaudu.¹⁹⁰ Nentides analoogia korras RHS § 44 lg 2 kohaldumist ka pakkumuse tagasivõtvale tahteavaldusele, mis on tehtud pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva, eeldatakse sellega, et RHS § 44 lg 2 ei kohaldu sellistele tahteavaldustele otseselt ega ka tõlgendamise kaudu. Eitades RHS § 44 lg 2 kui erinormi kohaldumist, tuleb aga autori hinnangul tagasi pöörduda üldnormi ehk TsÜS § 72 juurde. Seega esineb RHS § 44 lg 2 analoogia korras kohaldamise argumentis vastuolu. Teiseks nõustub autor, et RHS § 44 lg 2 ei kohaldu pärast pakkumuste esitamise tähtaega pakkumust tagasivõtvale tahteavaldusele. RHS § 44 lg 2 sõnastusest tulenevalt on selle normi kohaldamisala piiratud pakkumuste tagasivõtvate tahteavaldustega, mis on tehtud enne pakkumuste esitamise tähtpäeva. Kui tõlgendada RHS § 44 lg-t 2 selle sõnastusest hoolimata laiendavalt ka pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva tehtavatele avaldustele, siis annaks see pakkujatele lubamatu õiguse oma õigusi kuritarvitada, tehes teadlikult pakkumuse tagasivõtmise avalduse kirjalikult taasesitamist võimaldavas või suulises vormis ning hiljem RHS § 53 lg 2 või lg 3 alusel esitatava kahjunõude esitamisel tema vastu tugineda vorminõude puudusele. Isegi, kui jaatada, et pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva tehtavale pakkumuse tagasivõtvale tahteavaldusele kehtib RHS § 44 lg 2 ja § 43 lg 1 alusel kirjalik või elektrooniline vorm, siis ei saa selline vorminõude rikkumine tuua kaasa tahteavalduse kehtetust. Vorminõude funktsiooniks ei saa olla tühisuse kaasa toomine, mistõttu ei oleks vormipuudustega pakkumust tagasivõttev tahteavaldus tühine TsÜS § 83 lg 1 alusel. Praegusel juhul saab autori hinnangul olla vormi nõude funktsiooniks üksnes pakkumuse tagasivõtmise tõendamine ning sellise funktsiooni puhul ei saa vorminõude kehtestamise eesmärgiks olla tühisuse kaasa toomine. Kuna ka hankelepingu kirjaliku vorminõude järgimata jätmine ei too kaasa hankelepingu tühisust,¹⁹¹ siis on autori hinnangul kaheldav, et pakkumuse tagasivõtmise tahteavalduse vorminõude otstarve on kaasa tuua selle tahteavalduse tühisus.

Võrdluseks, ei näe näiteks Saksa riigihangete seadused ette kirjalikku vormi pakkumuse tagasivõtmiseks, vaid nõutud on üksnes teksti vormis¹⁹² tahteavaldust,¹⁹³ mistõttu on võimalik pakkumus tagasi võtta e-kirja teel.¹⁹⁴ Saksa õiguskirjanduses on seevastu leitud, et suuline pakkumust tagasivõttev tahteavaldus ei ole piisav ning on kehtetu.¹⁹⁵ Selline seisukoht

¹⁹⁰ Vt P. Varul. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010, § 4 komm 3. 1, lk 14.

¹⁹¹ RHS § 5 lg 3.

¹⁹² Eesti õiguse mõistes on tegemist kirjalikku taasesitamist võimaldava vormile (TsÜS § 79) sarnase vormiga.

¹⁹³ VOB/A § 10 lg 2 ja VOL/A § 10 lg 2.

¹⁹⁴ Vt O. Reidt. Beck'scher Vergaberechtskommentar 2. Auflage. C.H. Beck München 2013. VOB/A § 10 Rn. 51.

¹⁹⁵ O. Reidt. Beck'scher Vergaberechtskommentar 2. Auflage. C.H. Beck München 2013. VOB/A § 10 Rn. 53.

puudutas aga vaid enne pakkumuste esitamise tähtpäeva tehtud pakkumuse tagasivõtmise tahteavaldustele. Samuti ei sea Saksa BGB § 125 vormipuudustega tehingu tühisust sõltuvusse vorminõude eesmärgist,¹⁹⁶ nagu see on TsÜS § 83 lg 1 alusel, mistõttu ei ole autori hinnangul viidatud Saksa õigusteooriale tuginedes võimalik põhjendada pakkumuse tagasivõtva tahteavalduse tühisust Eesti õiguse alusel. Lisaks on, vaatamata suulise pakkumust tagasivõtva tahteavalduse kehtetusele, siiski leitud, et hankijale ei saa sellises olukorras ette heita pakkumusega mitteametustamist.¹⁹⁷

Eeltoodut kokkuvõttes tuleb pakkumust tagasivõtvat tahteavaldust tõlgendada TsÜS § 75 lg 1 alusel. Pakkujate teateid hankelepingu täitmise suutmatuse kohta tuleks tõlgendada pakkumuse tagasivõtmisena. Selleks, et tõlgendada tahteavaldust pakkumuse tagasivõtmisena ei ole tingimata vajalik, et pakkujad on oma teates *expressis verbis* toonud välja, et tegemist on pakkumuse tagasivõtmisega – oluline on, et teate sisust tuleneks pakkuja tahe mitte olla enam seotud enda tehtud pakkumusega.¹⁹⁸ Pakkuja mitmeti mõistetavate teadete puhul on pakkuja kohustus tõendada, et hankija pidi mõistma, et tegemist ei ole pakkumuse tagasivõtmisega. Vaidluse korral pakkuja tegeliku tahte üle tuleb tõlgendada pakkuja tahteavaldust nii, kuidas mõistlik hankija sarnases olukorras seda mõistma pidi. Pakkumuse tagasivõtmise tahteavaldus ei pea olema kirjalikus vormis ning isegi juhul, kui jaatada kirjalikku vormi kohustuslikkust, siis ei too vorminõude rikkumine kaasa pakkumuse tagasivõtmise tahteavalduse kehtetust.

2.2. Hankijast mitteolenev põhjus

RHS § 53 alusel hankija kahjuhüvitamise nõude esitamise teiseks eelduseks on, et pakkumuse tagasivõtmine ei olnud tingitud hankijast. RHS § 53 lg 1 grammatilisest tõlgendamisest lähtuvalt vastutab pakkuja justkui kõikidel juhtudel, kui tema edukaks tunnistatud pakkumuse tahteavaldus ei olnud põhjustatud hankijast tulenevatest asjaoludest. Selline tõlgendus näib olevat aga äärmiselt lai, võrreldes VÕS § 14 lg-st 3 ning VÕS §-st 103 tuleneva vastutusega, mille puhul kahju tekitaja ei vastuta, kui ta tõendab, et rikkumise põhjustas vääramatud jõud.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Vt BGB § 125 ls 1 alusel toob vorminõude järgimata jätmise kaasa tehingu tühisuse. Vt D. Einsele. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Auflage. C.H.Beck München 2016. BGB § 125 Rn. 41.

¹⁹⁷ O. Reidt. Beck'scher Vergaberechtskommentar 2. Auflage. C.H. Beck München 2013. VOB/A § 10 Rn. 53. Seda seisukohta on autor põhjendanud sellega, et sellisel (suulise pakkumuse tagasivõtva tahteavalduse esitamisel) juhul hankijal puuduks positiivne prognoos sõlmitava hankelepingu kohasesse täitmise ning pakkuja usaldusvärsuse suhtes.

¹⁹⁸ Vt I. Franzius. Vergaberecht. Handkommentar. 2. Auflage. NomosKommentar 2015. VOB/A § 10 Rn 21.

¹⁹⁹ Seda, et VÕS § 14 lg 3 alusel kohustuse rikkumisele kohaldatakse ka VÕS § 103 on RKTKo 3-2-1-84-14, p- le 22 viidates leidnud I. Kull. Vt I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 14 kumm 4.7.2.1 d), lk 98. Teistsugusele seisukohale on asunud T. Tampuu, kes on leidnud, et VÕS § 103 lg-t 2 ei kohaldata VÕS § 14 lg-te 3 ja 4 puhul, sest nende sätete järgi on vastutuse tekkimise eelduseks rikkuja

Seetõttu analüüsib autor järgnevalt, kas pakkuja vabaneb eduka pakkumuse tagasivõtmisest tema vastu RHS § 53 lg 2 alusel esitatud kahjunõudest üksnes siis, kui pakkumuse tagasivõtmise põhjustas hankijast tulenev asjaolu või ka siis, kui pakkuja tõendab, et pakkumuse tagasivõtmise asjaolu ei ole tingitud pakkujast, vaid vääramatust jõust.

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi lahendist nr 3-2-1-194-13 nähtub, et hankijal võib olla õigus nõuda pakkujalt RHS § 53 lg 2 järgi kahju hüvitamist, kui pakkuja võtab pakkumuse selle jõusoleku ajal tagasi majanduslikel põhjustel, mille riski ta ise kannab, ja hankija tunnustab edukaks hinna poolest järgmise pakkumuse.²⁰⁰ Riigikohus leidis viidatud lahendis, et pakkujad ei ole esitanud asjaolusid, mis annaksid alust arvata, et nad võtsid ühispakkumuse tagasi hankijast olenevatel põhjustel.²⁰¹ Kuna selles vaidluses ei toonud pakkujad esile asjaolusid, mis viidanuks, et pakkumuse tagasivõtmise oli põhjustanud vääramatu jõud, ei ole lahendis käsitletud ka VÕS § 103 kohaldumist pakkuja vastutuse välistamisele.

Viidatud Riigikohtu seisukoha pinnalt on võimalik järeldada, et RHS § 53 lg 2 alusel võib hankija nõuda pakkujalt kahjuhüvitist juhtudel, mil edukas pakkumus on tagasi võetud põhjustel, mille riski pakkuja ise kannab. Sarnast seisukohta on väljendatud ka õiguskirjanduses - RHS § 53 lg 1 rakendamine eeldab, et pakkuja poolt pakkumuse tagasivõtmine ei oleks põhjustatud hankijaga seotud asjaolust, vaid et see toimuks pakkuja omal soovil (ehk temaga seotud asjaolu tõttu).²⁰² Väidet, et RHS § 53 lg 1 kohaldamine eeldab, et pakkumuse tagasivõtmine toimuks pakkujaga seotud asjaolu tõttu ei ole aga lähemalt õiguskirjanduses põhjendatud. Samas on õiguskirjanduses märgitud, et nimetatud tingimuse eesmärgiks on välistada etteulatuvalt hankija võimalused hankemenetlusega manipuleerimiseks ning hankemenetluse jätkamise õiguse kuritarvitamiseks. Hankija ei tohi kunstlikult tekitada hankemenetluses olukorda, kus hindamiskriteeriumide kohaselt parima pakkumuse esitanud ning edukaks tunnustatud pakkuja on hankija tegevuse tõttu sunnitud hankelepingu sõlmimise vältimiseks oma pakkumuse tagasi võtma.²⁰³ Autor nõustub, et kirjeldatud RHS § 53 lg-s 1 sätestatud teise eelduse funktsiooniks on tagada, et hankija ei manipuleeriks hankemenetlusega eesmärgil sõlmida hankeleping tema poolt soositud pakkujaga ega konstrueeriks kunstlikke kahjuhüvitise nõudeid pakkujate vastu. RHS § 53 lg 1 teise eelduse funktsiooniks ei ole näha ette pakkuja kõrgemat vastutusstandardit eduka

pahauskus, st rikkumised on vabandatavad rikkuja heausksuse korral. Vt T. Tampuu. Lepinguvälised võlasuhted. Juura 2012, lk 161. Autor nõustub, et kui üks pool katkestas läbirääkimised heauskselt, ei ole tarvis enam kontrollida tema vastutust VÕS § 103 lg 2 alusel, kuid vastutuse vabandatavust reguleerib siiski VÕS § 103, mitte VÕS § 14 lg 3.

²⁰⁰ RKTko 3-2-1-194-13, p 12.

²⁰¹ Samas.

²⁰² D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 437.

²⁰³ Samas.

pakkumuse tagasivõtmisel, vaid see eeldus sisuliselt konkretiseerib hankija jaoks hea usu põhimõttest ning õiguse üldpõhimõttest *nemo auditur turpitudinem suam allegans*²⁰⁴ tulenevat keeldu mitte tugineda õigustele, mis on ebalojaalselt omandatud.²⁰⁵ Seega on RHS § 53 lg 1 kohaldamise eelduseks see, et pakkumuse tagasivõtmise ei ole põhjendanud hankija, vaid selle on põhjendanud asjaolu, mille riski kandis pakkuja ning pakkuja vastutus ei ole vabandataav VÕS § 103 lg 2 alusel.

Autori hinnangul on RHS § 53 lg-te 2 ja 3 koostoimes RHS § 53 lg-ga 1 puhul tegemist nõudenormidega, mis sätestavad küll alused kahjuhüvitise nõude esitamiseks, kuid ei reguleeri eraldi vastutust. Võlasuhete kohustuste rikkumisel reguleerib vastutust VÕS § 103 ning kuna hankija ja pakkuja vahel tekib hankemenetluses lepinguelsele võlasuhtele sarnane võlasuhe,²⁰⁶ on õigustatud ka selle võlasuhte rikkumisel hinnata pakkuja vastutust VÕS § 103 järgi.

Magistritöö ptk-s 1.3 on jõutud järeldusele, et RHS § 53 lg-te 2 ja 3 puhul on tegemist seadusest tuleneva kahjuhüvitise nõude eriregulatsiooniga sarnaselt KOS §-ga 11 ja ÄS §-ga 315. RHS § 53 kui eriregulatsiooni erisus võrreldes KOS §-ga 11 seisneb selles, et KOS § 11 lg 3 sätestab ka *expressis verbis* korteriomaniiku vastutusest vabastamise eeldused. KOS § 11 lg 3 kattub sisuliselt VÕS §-ga 103,²⁰⁷ kuid tegemist on siiski VÕS § 103 suhtes eriregulatsiooniga. Samuti näeb ÄS § 315 lg 2 ette juhatuse liikme vastusest vabastamise aluse, mille kohaselt juhatuse liige ei vastuta oma kohustuse rikkumise eest, kui ta tõendab, et ta on tegutsenud korraliku ettevõtja hoolsusega.²⁰⁸ Ka ÄS § 315 lg 2 puhul on tegemist vastutusest vabanemise eriregulatsiooniga.²⁰⁹ Kuna RHS § 53 ei reguleeri eraldi pakkuja vastutusest vabanemist, siis kohaldub VÕS § 103.

VÕS § 103 näeb ette garantiivastutuse, mille olemuseks on eeldus, et kohustatud pool garanteerib täitmise, sõltumata takistusest, mis lubaduse täitmisel võivad ette tulla. Vastutusest vabanemise aluseks on seaduse üldreegli järgi vabandatavus ehk vääramatu jõu

²⁰⁴ Vt. I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 6 komm 4.2.3.1, lk 41-42; H-P. Mansel. Jauernig. Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB. 16. Auflage. C. H. Beck 2015, BGB § 242 Rn 45.

²⁰⁵ See põhimõtte väljendub ka VÕS § 101 lg-s 3, mille kohaselt ei või võlausaldaja tugineda kohustuse rikkumisele võlgniku poolt ega kasutada sellest tulenevalt õiguskaitsevahendeid niivõrd, kui võrd selle rikkumise põhjustas tema enda tegu või temast tulenev asjaolu või sündmus, mille toimumise riisikot ta kannab.

²⁰⁶ Vt käesoleva töö ptk 1.3.1.

²⁰⁷ V. Kõve. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 103, komm 3 b), lk 481; RKTko 3-2-1-129-13, p 22; Korteriomandi- ja korteriühistuseaduse (462 SE) eelnõu seletuskiri, lk 59. Arvutivõrgus: [https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/bb3ae807-c425-4e93-aa0e-66fda4aa904e/Korteriomandi-%20ja%20korteri%C3%BChistuseadus_\(01.05.2017\)](https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/bb3ae807-c425-4e93-aa0e-66fda4aa904e/Korteriomandi-%20ja%20korteri%C3%BChistuseadus_(01.05.2017)).

²⁰⁸ RKTko 3-2-1-20-14, p 11.

²⁰⁹ Vt V.Kõve. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 103, komm 3 b), lk 481

asjaolu.²¹⁰ Seega, kuigi pakkuja võib vabaneda vastutusest VÕS § 103 lg 2 alusel, peab ta selleks tõendama, et eduka pakkumuse tagasivõtmise põhjustas asjaolu, mis oli väljaspool võlgniku mõjuulatust, seda asjaolu ei saanud pakkuja ette näha ning asjaolu ei saanud vältida ega ületada.

Näiteks on tegemist pakkujast endast tuleneva asjaoluga, kui pakkumuse tegemisel tehakse oluline viga, mistõttu ei ole pakkuja tegelikult võimeline täitma kogu hankelepingut²¹¹ või kui pakkuja on pakkumuse tagasivõtmisel selgitanud, et lühikeste etteteatamistega tellimuste tõttu on pakkuja tööga hõivatud ega saa hankelepingut nõutud perioodil täitma asuda.²¹² Samuti on RHS § 53 alusel kahjuhüvitise nõude eeldused täidetud, kui edukad ühispakkujad on võtnud ühispakkumuse tagasi seetõttu, et ühe ühispakkuja suhtes on algatatud likvideerimismenetlus, mistõttu ei saa ühispakkujad täita riigihankes võetud kohustusi.²¹³ Pakkujast tuleneva mittevabandatava asjaoluga on tegemist ka siis, kui pakkuja avastab hankemenetluse kestel, et ta ei suuda tagada pakkumuses lubatud kvaliteediga või mahus tooteid või teenust.²¹⁴ Tegemist on pakkujast tuleneva asjaoluga isegi juhul, kui lepingu täitmise suutmatuse on põhjustanud kolmandate isikute tegevus - tegemist on äritegevusega paratamatult kaasneva riskiga, mis ei ole käsitav vääramatu jõuna.²¹⁵ Samuti on õiguskirjanduses asutud seisukohale, et vääramatuks jõuks ei ole ka loodusjõud, kui võlgnikul on võimalik mõistlikke abinõusid kasutades selle tagajärjesid vältida.²¹⁶ Samas on nenditud, et ootamatult kehtestatud piirang avalikult võimult (nt karantiin või majandussanktsioon) võib olla vaadeldav vääramatu jõuna ja seega välistada võlgniku vastutuse kohustuse rikkumise eest.²¹⁷ Seega, kui edukaks tunnistatud pakkuja on võtnud oma pakkumuse tagasi põhjusel, et avalik võim kehtestas ettenähtamatu ja vältimatu piirangu, mille tulemusel ei saa pakkuja pakkumusega lubatud asju tarnida või teenust pakkuda, siis on küll RHS § 53 lg 1 mõttes täidetud kahjuhüvitise nõude koosseis - tegemist on hankijast mitteoleneva asjaoluga - kuid pakkuja saab VÕS § 103 lg-le 2 tuginedes vastutusest vabaneda.

²¹⁰ Samas, § 103 komm 5.1 ja 6.1.1.

²¹¹ Sellistel asjaoludel on Saksa kohtupraktikas pakkuja üritanud põhjendada oma siduva pakkumuse tagasivõtmist ning BGH on eitanud sellisel juhul mõjuva põhjuse esinemist. Vt BGH 24.11.2005, VII ZR 87/04, otsuse p-d 4 ja 11.

²¹² Sellisel põhjendusel pakkumuse tagasivõtmist ei ole Saksamaa kohtupraktikas peetud õigustatuks ning on hankija kahjuhüvitise nõue rahuldatud. Vt OLG Köln, 21.07.2014 - 11 U 10/14, p 1. Viidatud kohtuasjas üritas pakkuja tõrjuda kahjuhüvitise nõuet väitega, et hankija nõudis pärast pakkumuste esitamise tähtaega pakkujatelt pakkumustes väljatoodud hinna langetamist, kuid see väide ei leidnud kohtuvaidluses tõestust.

²¹³ Vt TrTRnK 07.11.2013 otsus tsiviilasjas nr 2-11-9612, p 20.

²¹⁴ Vt nt TlnRnK 21.11.2014 haldusasjas nr 3-14-51790, p 3, milles pakkuja võttis pakkumuse tagasi kindlatele kvaliteeditunnustele vastava täitematerjali puudumise tõttu.

²¹⁵ Vt V. Kõve. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 103, komm 6.1.3.2. a), lk 484; RKHKo 3-3-1-38-14, p 23.

²¹⁶ V. Kõve. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 103, komm 6.1.3.1, lk 483-484.

²¹⁷ Samas.

Üheks probleemkohaks hankijast mitteoleneva põhjuse tuvastamisel on hankedokumentide muutmine. Praktikas on üritanud pakkujad tõrjuda hankija kahjuhüvitise nõuet põhjusel, et pakkumuse tagasivõtmine oli tingitud hankija poolt hankedokumentide²¹⁸ või sõlmitava hankelepingu muutmise.²¹⁹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi lahendis nr 3-2-1-194-13 ei ole kohus aga pidanud hankijast olenevaks pakkumuse tagasivõtmise asjaoluks seda, kui hankija märgib edukaks tunnistamise otsuses, et pakkujal on õigus nõuda hankelepingu sõlmimist pärast seda, kui kolmas isik on otsustanud objekti rahastada.²²⁰ Viidatud lahendis väitsid ühispakkujad, et võtsid pakkumuse tagasi pakkumuse jõusoleku ajal, sest hankelepingu sõlmimine oli veninud kolmanda isiku rahastamise otsuse tegemise tõttu ja selle käigus tõusid materjalide ja tööde hinnad. Maakohus leidis, et pakkumuse siduvuse ajal kannab materjalide ja tööde hinnatõusu riski pakkuja ning seetõttu ei saa kehtivalt pakkumust tagasi võtta.²²¹ Riigikohus leidis, et hankija otsuses täpsustati aega, millest alates on pakkujatel õigus nõuda hankelepingu sõlmimist, kuid sellega ei muudetud ega pikendatud pakkumuse jõusoleku aega ega lükatud hankelepingu sõlmimist määramata tulevikku.²²² Hankelepingu kui hankedokumendi muutmise osas on alama astme kohtupraktikas asunud seisukohale, et lepingu täitmise perioodi muutmist 12 kalendripäeva võrra hilisemaks enne hankelepingu sõlmimist ei ole hankedokumentide lubamatu muutmise, sest hankedokumentides kirjas olnud esialgne hankelepingu täitmise tähtaja alguskuupäev oli inimliku eksituse tõttu varasem. Mõningane tähtaja muutumine ei saanud pakkuja jaoks tuua kaasa olulisi negatiivseid tagajärgi.²²³ Seda, kas pakkumuse tagasivõtmise põhjustas hankijast olenev asjaolu tuleb aga üldiselt hinnata kaasuspõhiselt. Hilisema võimaliku vaidluse lahendamise hõlbustamiseks on soovituslik pakkujatel täpsustada oma pakkumust tagasivõtvas tahteavalduses asjaolusid, mille tõttu pakkuja võtab oma pakkumuse tagasi ning juhul, kui pakkuja ei ole selgitanud neid asjaolusid, siis on hankijal soovituslik paluda pakkujatelt täpsustust.

Kokkuvõttes, RHS § 53 lg 2 alusel on kahjunõude esitamise eelduseks eduka pakkumuse tagasivõtmine hankijast mitteolenevatel põhjustel. Samas ei reguleeri RHS § 53 pakkuja

²¹⁸ Vt RKTko 3-2-1-194-13, p-d 3, 6 ja 11.

²¹⁹ Vt HMK 29.02.2016 otsus tsiviilasjas nr 2-15-4714 (koopia autori valduses), p-d 27, 41 ja 66-67.

²²⁰ Vt RKTko 3-2-1-194-13, p-d 1 ja 11.

²²¹ Samas, p 3. Sellega sisuliselt nõustus Riigikohus otsuse p-s 11, kui asus seisukohale, et pakkumuse jõusoleku tähtaja jooksul kannab pakkuja majandusrisiki.

²²² Ringkonnakohus, mille otsuse Riigikohus tühistas, leidis varasemalt aga vastupidiselt, et sellise tingimuse märkimine edukaks tunnistamise otsuses (hankija korralduses) kätkes endas hankedokumentide lubamatud muutmist ning ühispakkujatel oli õigus võtta pakkumus tagasi, sest lepingu sõlmimine sõltus hankijast ja kolmanda isiku vahelisest suhetest, mida kostja mõjutada ei saanud. Riigikohus aga märkis, et kuna seaduses ei ole sätestatud hankelepingu sõlmimise võimalikku lühimat ega pikimat tähtaega, saab järeldada, et pakkujal on kohustus sõlmida hankeleping pakkumuse jõusoleku tähtaja jooksul ning alles pärast selle tähtaja möödumist võib pakkuja üldjuhul hankelepingu sõlmimisest õigustatult keelduda. Vt RKTko 3-2-1-194-13, p-d 6 ja 11.

²²³ HMK 29.02.2016 otsus tsiviilasjas nr 2-15-4714, p-d 27 ja 78.

vastutusest vabanemist, mistõttu tuleb kohaldamisele VÕS § 103. Pakkujal on võimalik vastutust vabaneda juhul, kui ta tõendab, et pakkumuse tagasivõtmise asjaolu põhjustas vääramatu jõud VÕS § 103 lg 2 mõttes. Kui on tuvastatud, et eduka pakkumuse tagasivõtmist ei põhjustanud hankijast tulenev asjaolu, on hankijal õigus nõuda kahju hüvitamist RHS § 53 lg-te 2 või 3 alusel ning pakkuja ei vabane vastutusest ainuüksi seetõttu, et pakkumuse tagasivõtmise asjaolu ei olnud temaga seotud, vaid pakkuja peab vastutuseks vabanemiseks tõendama vääramatu jõu esinemist.

2.3. Hankija kahjuhüvitise nõude täiendavad eeldused ja kahju ulatus

Järgnevalt tõusetub küsimus, kas RHS §-s 53 sätestatud eeldustele kohalduvad ka üldised kahjuhüvitise eeldused, mistõttu kohalduvad täiendavad tingimused nõude maksmata panekuks ning kas hankija kahjunõue on piiratud üksnes pakkumuste maksumuse vahe hüvitamisega.

Riigikohus on kahjuhüvitise nõude eriregulatsioonide osas jõudnud järeldusele, et kahju hüvitamise erikoosseisude korral tuleb siiski kohaldada VÕS 7. peatüki sätteid, mis reguleerivad kahjuhüvitise nõude ulatust.²²⁴ Kuna eespool on jõutud järeldusele, et RHS § 53 puhul on tegemist kahjuhüvitise nõude erikoosseisuga,²²⁵ siis tuleb ka RHS § 53 lg-te 2 ja 3 alusel esitatava kahjunõude puhul kohaldada VÕS 7. peatüki sätteid. Seda kinnitab ka õiguskirjandus, mille kohaselt on VÕS § 127 sätted kohaldatavad muudest seadustest tulenevatele kahjuhüvitisnõuetele, niivõrd kui nimetatud regulatsioonides ei sisaldu erinorme.²²⁶

Tulenevalt sellest, et RHS § 53 näeb selgelt ette hankijale kohustuse tunnistada eduka pakkumuse tagasivõtmise tagajärjena edukaks järgmine pakkumus ning õiguse nõuda pakkumuste maksumuse vahe hüvitamise, siis loob normikoosseis eelduse, et eduka pakkumuse tagasivõtmine on põhjuslikus seoses pakkumuste maksumuse vahest tekkiva kahjuga ning et selline kahju on hõlmatud normikaitse-eesmärgiga. Seetõttu ei tohiks selle kahju puhul tekkida täiendavaid probleeme VÕS § 127 lg-te 1-4 kohaldamisega.²²⁷ Teisisõnu

²²⁴ RKTko 3-2-1-38-05, p 10; RKTko 3-2-1-89-06, p 16; RKTko 3-2-1-83-09, p 11; RKTko 3-2-1-69-12, p 14; RKTko 3-2-1-191-12, p 16; RKTko 3-2-1-129-13, p 24.

²²⁵ Vt käesoleva töö ptk 1.3.1.

²²⁶ K. Sein. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, § 127 komm 3, lk 654.

²²⁷ VÕS § 127 lg-st 1 tuleneb kahju hüvitamise eesmärk, mille kohaselt tuleb kahjustatud isik asetada olukorda, milles ta oleks olnud, kui hüvitamise kohustuse aluseks olevat asjaolu ei oleks esinenud. Kuna RHS § 53 lg-te 2 ja 3 eesmärgiks on kaitsta hankija täitmishuvi ehk positiivne huvi, siis tuleb hankija asetada olukorda, milles pakkuja ei oleks pakkumust tagasivõtnud või keeldunud hankelepingu sõlmimisest. VÕS § 127 lg-st 2 tuleneb nn normi õiguskaitse ehk rikutava kohustuse eesmärgi teooria. Kahju hüvitamise nõude aluseks kohustus ei ole mõeldud mitte kõikide mõeldavate rikkumiste tagajärgede ärahoidmiseks, vaid üksnes teatud konkreetsete kahjude vältimiseks. VÕS § 127 lg-st 3 tuleneb nn kahju ettenähtavuse reegel, mille kohaselt kuulub hüvitamisele üksnes kahju, mida ta nägi rikkumise võimaliku tagajärjena ette või pidi ette nägema lepingu sõlmimise ajal. Ettenähtavuse reegel kohaldub aga üksnes lepinguliste kohustuste rikkumise puhul

loovad autori hinnangul RHS § 53 lg-d 2 ja 3 eelduse, et pakkumuste maksumuse vahe on põhjuslikus seoses eduka pakkumuse tagasivõtmisega ning hõlmatud rikutud kohustuse eesmärgiga.²²⁸ Seega ei ole vajalik RHS § 53 lg-te 2-3 alusel pakkumuste maksumuse vahe osas esitatava kahjuhüvitise nõude puhul kontrollida VÕS § 127 lg-te 2-4 eelduste täitmist, sest nende täitmist eeldatakse RHS § 53 lg-te 2 ja 3 normikoosseisust tulenevalt. Seda toetab ka asjaolu, et Riigikohus ei ole RHS § 53 lg-t 2 käsitlevates lahendites viidanud vajadusele kontrollida täiendavalt VÕS § 127 lg-tes 2-4 sätestatud eelduste täitmist.²²⁹ Eeltoodu kehtib ka RHS § 53 lg 3 alusel nõutavate kulutustega, mida hankija kannab seoses pakkumuste uuesti hindamisega, kui pakkumuste hindamise kriteeriumiks oli majanduslik soodsus. Selliseid kulutusi enamasti ei teki juhul, mil pakkumuste hindamise kriteeriumiks on madalaim hind. See võib olla ka põhjuseks, miks RHS § 53 lg-s 2 ei ole eraldi kahjuna nimetatud pakkumuste uuesti hindamise kulusid.

Samas võib VÕS § 127 lg-test 2-4 tulenev piirata RHS § 53 alusel muude kahjude väljamõistmist. RHS § 53 lg 2 viitab selgelt konkreetse kahju tüübile, mis oma olemuselt vastab asendustehingust tulenevale hinnavahele VÕS § 135 mõttes,²³⁰ kuid erinevalt VÕS § 135 lg-st 3 ei viita RHS § 53 lg 2 õigusele nõuda hinnavahet ületavas osas kahju hüvitamist. Teisalt näeb RHS § 53 lg 3 ette hankija õiguse nõuda kahju kõigi täiendavate kulude osas, mis hankijal tuleb kanda seoses hankelepingu sõlmimisega tagasi võetud pakkumuse asemel järgmise edukaks tunnistatud pakkumuse alusel. RHS § 53 lg 3 sõnastus ei viita otseselt pakkumuste maksumuse vahe hüvitamisele ning näib andvat aluse nõuda ka muu kahju hüvitamist lisaks hinnavahe ning pakkumuste uuesti hindamisega tekkinud kulude hüvitamisele. Puudub alus, miks peaks madalaima hinna kriteeriumiga hangete puhul olema hankijal välistatud täiendavate kulude nõudmine, kui sama hanke korraldamisel majandusliku soodsuse kriteeriumi alusel oleks see võimalik. Eristamine on arusaadav pakkumuste uuesti hindamisega seonduvate kulude puhul, sest madalaima hinna kriteeriumiga hanke puhul ei ole tarvis pakkumusi uuesti hinnata. Muu kahju nõutavuse osas ei ole autori hinnangul RHS § 53 lg 2 ja lg 3 eristamine põhjendatud. Seega võib RHS § 53 lg-te 2 ja 3 alusel hankijal olla õigus nõuda ka muu kahju lisaks pakkumuste maksumuse vahe hüvitamisele, kuid sellise kahju puhul tuleb hinnata eraldi, kas kahju on hüvitatav VÕS § 127 lg-te 1-4 alusel.

(hankemenetluse kestel tekib ei tegi aga lepingulisi kohustusi). VÕS § 127 lg-st 4 sätestab põhjusliku seose reegli, mille kohaselt on hüvitatav ainult selline kahju, mis on põhjuslikus seoses kahju tekitaja tegevusega. Vt täpsemalt K. Sein. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016, VÕS § 127, lk 655-659.

²²⁸ Rikutud kohustuseks on RHS § 43 lg-st 1 tulenev kohustus pakkujale olla oma pakkumusega seotud kuni pakkumuse jõusoleku tähtaja lõpuni.

²²⁹ RKTko 3-2-1-56-13; RKTko 3-2-1-194-13; RKTko 3-2-1-144-14.

²³⁰ RKTko 3-2-1-194-13, p 12.

Riigikohus ei ole senises kohtupraktikas käsitlenud RHS § 53 lg-te 2 või 3 alusel muu kahju hüvitamist, kuid on jaatanud viivise väljamõistmist VÕS § 113 lg 1 alusel.²³¹ Viivise puhul on oluline silmas pidada, et seda ei ole võimalik arvestada alates hankija otsusest, millega kuulutati eduka pakkumuse tagasivõtmise või hankelepingu sõlmimisest keeldumise tõttu edukaks järgmine pakkuja. Viivist on võimalik arvestada alates kahjunõude sissenõutavusest VÕS § 82 lg 7 alusel. Viivisenõue muutub sissenõutavaks järgmisel päeval pärast kahjunõude tasumiseks antud tähtaja lõppemist või mõistliku vajaliku aja jooksul pärast kahjunõude esitamist, kui hankija ei ole nõudnud tasumist kindlaks tähtpäevaks.

Muu kahjuna võib kõne alla tulla näiteks kohtueelsete õigusabikulude hüvitamine. Riigikohus on õigusabikulusid üldiselt käsitledes leidnud, et need on VÕS § 128 lg 3 ja VÕS § 115 lg 1 alusel kahjuna põhimõtteliselt hüvitatavad.²³² Üldjuhul tuleb pidada professionaalset õigusabi kohtueelses vaidluses mõistlikuks ja tehtud kulud hiljem hüvitatavateks.²³³ Eespool on kirjeldatud pakkujate tahteavalduse ning pakkumuse tagasivõtmise asjaoludega seonduvat problemaatikat, mis autori hinnangul võivad põhjustada õiguslikke vaidlusi, mille puhul on nii pakkuja kui ka hankija puhul õigustatud kasutada professionaalset õigusabi selgitamiseks, kas RHS § 53 kohaldamise eeldused on täidetud.²³⁴ Autori hinnangul on õigusabikulude väljamõistmine õigustatud ka siis, kui mõlemad osapooled on üldiselt hankemenetlust puudutavates küsimustes kogenud ja pädevad. Seega võivad keerulistemis pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud vaidluste puhul kohtueelsed õigusabikulud olla põhjuslikus seoses, ettenähtavad ning rikutud kohustuse kaitse eesmärgiga hõlmatud.²³⁵

Hankija kahjuhüvitise nõudest tuleb RHS § 53 lg 4 alusel maha arvestada pakkumuse tagatis, kui seda on hankemenetluses nõutud. Samuti on Riigikohus asunud seisukohale, et kahju hüvitist võivad vähendada nii kahjustatud isiku saadav kasu (VÕS § 127 lg 5) kui ka tema enda osa kahju tekkimisel või suurenemisel (VÕS § 139), samuti võib kohus vähendada kahjuhüvitist VÕS § 140 lg 1 alusel.²³⁶ Seda, milles võib seisneda hankija saadav kasu, kui pakkuja hüvitab pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud kahju, Riigikohus ei ole täpsustanud. Argumente seoses kahju vähendamisega käsitletakse järgnevas peatükis seoses pakkuja õigusega tugineda hankemenetluse korra rikkumisele.

²³¹ RKTko 3-2-1-144-14, p 22.

²³² RKTko 3-2-1-84-14, p 24.

²³³ RKTko 3-2-1-138-10, p 29.

²³⁴ Kohtueelsete õigusabi kulude nõudmiseks peab hindama, kas kulutused olid vajalikud ehk vastama küsimusele, kas ilma kulutusteta oleks saanud isik enda õigusi tõhusalt kaitsta. Vt RKTko 3-2-1-19-13, p 11.

²³⁵ Õigusabikulud seoses pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud kohtueelsete vaidlustega on väljamõistnud maakohus oma otsuses tsiviilasjas nr 2-15-9421, mis ei ole aga tänaseks veel jõustunud. Vt HMK 22.02.2017 otsus (jõustumata) tsiviilasjas nr 2-15-9421, p-d 45-48. Maakohus on selles otsuses nõudenormina käsitlenud VÕS § 115 lg-t 1, mitte RHS § 53 lg-t 2.

²³⁶ RKTko 3-2-1-194-13, p 12.

2.4 Vahekokkuvõte

RHS §-s 53 sätestatud hankija kahjuhüvitise nõude regulatsiooni saab rakendada üksnes kuni hankelepingu sõlmimiseni, mis toimub seaduse kohaselt nõustumuse andmisega hankija poolt, kui hankijad ei ole hanke alusdokumentides ette näinud, et hankeleping sõlmitakse allkirjastamisega. Pärast hankelepingu allkirjastamist kohalduvad eraõiguslikud õiguskaitselahendid, mis on sätestatud konkreetse lepingu liigi kohta. Uues RHS-i eelnõus on seadusandjal kavas laiendada hankemenetluse jätkamise regulatsiooni eduka pakkumuse tagasivõtmise korral ka olukordadele, mil hankija on nõustumuse andnud, kuid pakkuja ei asu hankija määratud aja jooksul hankelepingut täitma. Selline muudatus võtaks hankijatelt kohustuse korraldada uus hankemenetlus pärast seda, kui pakkuja on vahetult pärast hankelepingu sõlmimist keeldunud lepingu täitmisest.

RHS § 53 alusel hankija kahjuhüvitamise nõude esitamise esimeseks eelduseks on see, et pakkuja on võtnud oma edukaks tunnistanud pakkumuse tagasi. Praktikas on tõusetunud probleem, milles pakkumuse tagasivõtnud pakkujad on eitanud RHS § 53 lg-te 2 ja 3 alusel esitatava kahjunõude õigustatust põhjusel, et see regulatsioon ei kohaldu, kui pakkumus on võetud tagasi enne edukaks tunnistamise tähtaega. Käesoleva magistr töö teises peatükis leiti, et selline vastuväide ei ole põhjendatud. Riigihangete seaduse süstemaatilise, ajaloolise ning teleoloogilise tõlgendamise kaudu on järeldatav, et RHS § 53 kohaldub ka juhul, kui pakkuja on võtnud pakkumuse tagasi pärast pakkumuse esitamise tähtaega, kuid enne pakkumuse edukaks tunnistamise otsust. Riigikohtu praktikast tulenevalt peavad pakkujad arvestama, et nad on pakkumusega seotud pakkumuse jõusoleku tähtaja jooksul ning kannavad sel ajavahemikul ka majandusrisiki. Kui RHS § 53 kohalduks üksnes pärast edukaks tunnistamist tagasi võetud pakkumuste osas, siis muutuks RHS § 53 suures ulatuses sisutuks, kuivõrd see võimaldaks kuritarvitada pakkumuse jõusoleku regulatsiooni – pakkujad saaksid teha läbimõtetamata pakkumuse või pakkumuse ilma tegeliku kavatsuseta sõlmida hankeleping, ilma et hankija saaks nende vastu esitada RHS §-st 53 tulenevat kahjuhüvitise nõude. Selline tõlgendus ei oleks kooskõlas RHS § 53 otstarbega, sest ei aitaks tagada reaalse pakkumuste esitamist ega tagada seetõttu ka hankemenetluse läbipaistvust ega ausust.

Autori hinnangul ei näe riigihangete seadus ette eraldi alust võtta pakkumus tagasi pärast pakkumuste esitamise tähtaega ning enne pakkumuste jõusoleku tähtaja lõppu. Kui väita, et pakkumuse siduvus ei ole absoluutne ehk et enne edukaks tunnistamise otsust tagasi võetud pakkumuse suhtes ei saa hankija edukaks tunnistamise otsust teha ega RHS § 53 rakendada, siis ei kanna pakkuja sisuliselt muud riski peale pakkumuse tagatise tagastamata jätmise, kui hankija on seda üldse nõudnud. See aga ei ole kooskõlas RHS § 53 otstarbega. Seadus ei näe

ette alust kõrvaldada pakkuja või lükata pakkumus tagasi põhjusel, et pakkuja on avaldanud tahtet mitte olla enam seotud enda pakkumusega. Seega peab hankija jätkama hankemenetlust selle pakkumuse osas ning juhul, kui selline pakkumus osutub edukaks, peab hankija RHS § 53 lg 1 alusel tunnistama edukaks hinna või majandusliku soodsuse poolest järgmise pakkuja. RHS § 34 lg 5 ning § 53 lg 1 ei anna eraldiseisvat alust pakkujale oma pakkumus tagasi võtta ega murra pakkumuse siduvust selle jõusoleku aja jooksul.

Pakkujad on praktikas esitanud hankija kahjunõude osas vastuväite, et nende esitatud tahteavaldus hankemenetluses ei tähendanud pakkumuse tagasivõtmist, vaid viitamist nende pakkumuse puudujääkidele või muudele asjaoludele, mis nende hinnangul peaks kaasa tooma hankemenetlusest kõrvaldamise või pakkumuse tagasi lükkamise. Kohtupraktikast lähtuvalt on võimalik pakkujate teateid hankelepingu täitmise suutmatuse kohta tõlgendada pakkumuse tagasivõtmisena TsÜS § 75 lg 1 alusel. Hankijatel on soovituslik pakkujate pakkumuse tagasivõtmisele viitavate teadete saamisel täpsustada pakkujatelt, kas nad soovivad oma pakkumuse tagasi võtta ning selgitada pakkumuse tagasivõtmise tagajärgi tulenevalt RHS § 34 lg-st 5 ja §-st 53. Pakkujal on kohustus tõendada, et hankija teadis või pidi teadma, et pakkuja tegelik tahe ei olnud pakkumust tagasi võtta. Kui pakkuja seda tõendada ei suuda, tuleb pakkuja tahteavaldust tõlgendada TsÜS § 75 lg 1 ls 2 kohaselt selliselt, kuidas mõistlik hankija sarnases olukorras seda mõistma pidi. Pakkuja hankelepingu sõlmimisest keeldumist võib järeldada pakkuja konkludentsest tahteavaldusest (näiteks esitab pakkuja pärast edukaks tunnistamist teate, milles soovib muuta oluliselt sõlmitava hankelepingu tingimusi) või pakkuja tegevusetusest (pakkuja jätab hankelepingu allkirjastamata).

Pakkumust tagasivõttev tahteavaldus ei pea olema kirjalikus vormis, sest et RHS § 44 lg 2 ei kohaldu pärast pakkumuste esitamise tähtaega pakkumust tagasivõtvale tahteavaldusele. Vastasel juhul annaks see pakkujatele võimaluse oma õigusi kuritarvitada, tehes teadlikult pakkumuse tagasivõtmise avalduse kirjalikult taasesitamist võimaldavas või suulises vormis ning hiljem RHS § 53 lg 2 või lg 3 alusel esitatava kahjunõude esitamisel tema vastu tugineda vorminõude puudusele. Isegi, kui jaatada kirjaliku vormi nõuet, siis ei saa sellise vorminõude funktsiooniks olla tühisuse kaasa toomine, mistõttu ei oleks vormipuudustega pakkumust tagasivõttev tahteavaldus tühine TsÜS § 83 lg 1 alusel.

RHS § 53 alusel on hankija kahjuhüvitamise nõude esitamise teiseks eelduseks see, et pakkumuse tagasivõtmine ei olnud tingitud hankijast. Tingimuse eesmärgiks on välistada etteulatuvalt hankija võimalused hankemenetlusega manipuleerimiseks ning hankemenetluse jätkamise õiguse kuritarvitamiseks. Hankija võib nõuda pakkujalt kahju hüvitamist juhtudel,

mil edukas pakkumus on tagasi võetud põhjustel, mille riski pakkuja ise kannab. Kuna RHS § 53 ei reguleeri eraldi pakkuja vastutusest vabanemist, siis tuleb kohaldamisele VÕS § 103 ning pakkujal on võimalik vastutust vabaneda juhul, kui ta tõendab, et pakkumuse tagasivõtmise asjaolu põhjustas vääramatu jõud VÕS § 103 lg 2 mõttes. Pakkuja ei vabane vastutusest ainuüksi seetõttu, et pakkumuse tagasivõtmise asjaolu ei olnud temaga seotud, vaid pakkuja peab vastutuseks vabanemiseks tõendama vääramatu jõu esinemist. Pakkujast tulenevad asjaolud on näiteks olulise vea tegemine pakkumuses, ühe ühispakkuja likvideerimine, pakkumuse jõusoleku ajal avastatud kvaliteediviga või muu viga, mis toob kaasa suutmatuse hankelepingut täita. Hankijast tuleneva asjaoluga võib olla tegemist juhul, kui hankija on enne hankelepingu sõlmimist teinud muudatusi või nõudnud hankelepingu sõlmimist teistel tingimustel, kui hankedokumentides oli ette nähtud.

RHS § 53 lg-d 2 ja 3 loovad eelduse, et pakkumuste maksumuse vahe on põhjuslikus seoses eduka pakkumuse tagasivõtmisega ning hõlmatud rikutud kohustuse kaitse-eesmärgiga, mistõttu ei ole autori arvates vajalik RHS § 53 lg-te 2-3 alusel pakkumuste maksumuse vahe osas esitatava kahjuhüvitise nõude puhul kontrollida VÕS § 127 lg-te 1-2 ja 4 eelduste täitmist, sest nende täitmist eeldatakse. Kahju ulatus ei pruugi RHS § 53 alusel olla piiratud üksnes pakkumuste maksumuse vahe hüvitamisega ega pakkumuste uuesti hindamise kuludega. RHS § 53 lg-te 2 ja 3 alusel võib hankijal olla õigus nõuda lisaks pakkumuse vahe hüvitamisele ka muu kahju hüvitamist, kuid sellise kahju puhul tuleb hinnata eraldi, kas kahju on hüvitatav VÕS § 127 lg-te 1-2 ja 4 alusel. Näiteks võib muu kahjuna kõne alla tulla kohtueelsete õigusabikulude hüvitamine. Samuti on võimalik nõuda viivist alates kahjunõude sissenõutavusest VÕS § 82 lg 7 alusel.

3. VASTUVÄITED HANKIJA KAHJUHÜVITISE NÕUDELE

3.1. Pakkumuse tagasivõtnud pakkuja kaebeõigus hankija otsuste vaidlustamisel

Kaebeõiguse problemaatika analüüsimine on vajalik selleks, et vastata küsimusele, kas pakkumuse tagasivõtnud pakkujale saab ette heita hankija otsuste vaidlustamata jätmist ning väita, et jättes vaidlustamata hankija otsused, on pakkuja minetanud õiguse tugineda hankija otsuste õigusvastasusele. Halduskohtumenetluse seadustiku (HKMS)²³⁷ § 268 lg 4 kohaselt ei saa isik hankeasjas tugineda haldusakti õigusvastasusele, kui ta on jätnud kasutamata võimaluse selle vaidlustamiseks. Viidatud säte konkretiseerib hankemenetluse mitmeetapilisusest tulenevat reeglit, et teise etapi raames tehtud hankija tegevuse vaidlustamisel ei saa tugineda hankija esimese etapi tegevuse õigusvastasusele, kui seda ei ole iseseisvalt vaidlustatud.²³⁸ Kuigi HKMS § 268 lg 4 reguleerib hankeasju, mis kuuluvad halduskohtu pädevusse²³⁹ ning hankija kahjuhüvitise nõude puhul ei ole tegemist haldus- ega hankeasjaga, iseloomustab viidatud norm hankija otsuste õigusjõudu. Seetõttu tuleb autori hinnangul esmalt hinnata, kas pakkujal on kaebeõigus enda pakkumuse vastavaks või edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamiseks olukorras, kus ta on väljendanud oma tahet mitte olla oma pakkumusega enam seotud.

RHS § 117 lg 1 alusel võib pakkuja vaidlustada hankija tegevuse, kui ta leiab, et riigihangete seaduse rikkumine hankija poolt rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid. Seega on hankija otsuste vaidlustamise eelduseks pakkuja õiguste rikkumine või huvide kahjustamine. Ühelt poolt saab diskuteerida, kas tegemist võib olla pakkumuse tagasivõtnud pakkuja õiguste rikkumise ja huvide kahjustamisega, kui hankija teeb õigusvastaselt pakkuja edukaks tunnistamise otsuse, mille alusel saab hankija esitada RHS § 53 lg-te 2 või 3 alusel nõue sellise pakkuja vastu. Samas on direktiivi 2007/66/EÜ, millega on kehtestatud hankemenetluses hankija otsuste läbivaatamise nõuded, alusel liikmesriikidel kohustus tagada, et läbivaatamismenetlus oleks kättesaadav isikutele, kellel on või oli huvi konkreetse lepingu sõlmimiseks ja keda väidetav rikkumine kahjustas või võib kahjustada.²⁴⁰ Direktiivist nähtub, et üheks vaidlustamise eelduseks on pakkuja huvi hankelepingu sõlmimise vastu. Sama on kinnitatud VAKO ja kohtu praktika - RHS § 117 lg-st 1 tulenevalt on

²³⁷ Halduskohtumenetluse seadustik. - RT I, 23.02.2011, 3... RT I, 13.04.2016, 4.

²³⁸ J. Jäätma. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013. § 268 komm IV.

²³⁹ HKMS § 266 lg 1 ja § 1 lg 1 alusel on hankeasi riigihanke korraldamisest, sealhulgas hankelepingu sõlmimisest või muutmisest tekkinud haldusasi, mis on halduskohtus lahendatav kohtuasi.

²⁴⁰ Vt direktiivi 2007/66/EÜ põhjenduste p 17 ja art 1 lg 3.

vaidlustusmenetluses kaitstavaks vaidlustaja õiguseks õiguspärane hankelepingu sõlmimise võimalus.²⁴¹

Õiguskirjanduses on leitud, et vaidlustuse eesmärk ei saa olla ainuüksi huvi hankija otsuste õigusvastasuse tuvastamiseks.²⁴² Pakkumuse tagasivõtnud pakkuja, kes soovib hankija otsuste vaidlustamisega välistada enda vastu esitatavat kahjunõuet, huvi on aga üksnes hankija otsuse õigusvastasuse tuvastamine, mitte taastada oma võimalus hankelepingu sõlmimiseks. RHS §-des 34 ja 53 sätestatud negatiivsete tagajärgede tõttu on pakkujad üritanud praktikas vältida ühest küljest hankelepingu sõlmimist ning teisest küljest pakkumuse tagasivõtmist enda pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse vaidlustamisega.²⁴³ VAKO praktikale²⁴⁴ tuginedes on selliste vaidlustuste osas leitud, et pakkumuse edukaks tunnistamise otsus ei saa rikkuda pakkuja seadusega kaitstud subjektiivseid õigusi, kuna isikute hankemenetluse osalemise ainus seaduslik eesmärk on huvi sõlmida hankeleping.²⁴⁵ Seega RHS § 117 lg 1 alusel vaidlustuse esitamiseks ei piisa pelgast huvist hankija otsuse õigusvastasuse tuvastamiseks.

VAKO on 08.12.2010 otsuses nr 239-10/- menetlenud vaidlustust, milles pakkuja taotles enda pakkumuse vastavaks ja edukaks tunnistamise otsuse kehtetuks tunnistamist. Pakkuja põhjendas vaidlustuse esitamist sellega, et igaljuhul on õigus nõuda, et tema suhtes võetakse vastu üksnes õiguspäraseid otsuseid ning hankelepingu sõlmimise korral kannaks ta liiga odava pakkumuse esitamise tõttu otsest majanduslikku kahju.²⁴⁶ VAKO asus seisukohale, et hankija otsused ei saanud rikkuda pakkuja subjektiivseid õigusi. RHS § 117 lg-test 1 ja 3 on kaitstavaks õigushüveks võimalus hankelepingu sõlmimiseks või hüvitise saamine kahju eest, mis tekkis sellest, et hankeleping sõlmiti kellegi teisega, kuigi see oleks õiguspäraselt tulnud sõlmida oma õiguste kaitset taotlenud isikuga.

Autor nõustub sellega, et isikul, kel puudub huvi hankelepingu sõlmimiseks, puudub kaebeõigus tema suhtes tehtud pakkumuse vastavaks ja edukaks tunnistamise otsuste vaidlustamiseks. Kaebeõiguse jaatamine tooks autori hinnangul kaasa ebamõistliku olukorra tulenevalt ka sellest, et vaidlustuse esitamisel rakendub hankijale automaatselt keeld sõlmida hankeleping.²⁴⁷ Hankelepingu sõlmimise keeld on aga põhjendamatu, kui vaidlustuse esitaja enda huvi ei ole sõlmida hankelepingut. Hankelepingu sõlmimise keelu tõttu võib kannatada

²⁴¹ VAKO 08.04.2014 otsus nr 56-14/149838, p-d 9.1-9.2; VAKO 08.12.2010 otsus nr 239-10/-, p 6; VAKO 22.01.2013 otsus nr 3-13/136904, p 13. TlnRngK 18.05.2012 otsus nr 3-11-2403, p 16.

²⁴² K. Saar. Vaidlustamine riigihankemenetluses. Magistr töö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond 2014, lk 20.

²⁴³ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 439.

²⁴⁴ VAKO 08.12.2010 otsus nr 239-10/-.

²⁴⁵ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, lk 439.

²⁴⁶ VAKO 08.12.2010 otsus nr 239-10/-, p-d 3.3 ja 6.

²⁴⁷ Vt RHS § 123 lg-d 1 ja 4 ja § 128 lg 1.

avalik huvi, kui hankelepingu täitmisega ei saa alustada seetõttu, et hankija edukaks tunnistamise otsuse on vaidlustanud pakkuja, kel puudub endal huvi hankelepingu täitmiseks. Seega ei saa hankija otsuste vaidlustamise põhjuseks olla ei hankija potentsiaalne kahjuhüvitise nõue pakkuja vastu ega ka põhjus, et pakkuja kannaks hankelepingu sõlmimisel majanduslikku kahju. Pakkumuse tagasivõtnud pakkujal puudub huvi hankelepingu sõlmimise vastu, mistõttu on välistatud ka tema kaebeõigus hankija otsuste vaidlustamiseks.

Autori hinnangul ei saa eeltoodust lähtuvalt pakkujale ette heita hankija otsuste vaidlustamata jätmist, kui pakkumuse tagasivõtnud pakkuja tugineb kahjuhüvitise nõudele vastu vaidlemisel hankija otsuse õigusvastasusele. Kuigi pakkumuse tagasivõtnud pakkujal puudub subjektiivsete õiguste riive hankija otsuste vaidlustamiseks RHS § 117 alusel, võib pakkujal olla siiski õigus tugineda hankija otsuste õigusvastasusele tsiviilasjas, milles hankija nõuab edukaks tunnistamise otsuse alusel pakkujalt kahjuhüvitist. Seda, millal võib pakkujal selline õigus olla ning, kas hankija otsuse õigusvastasusele tuginemist võib takistada hankija otsuste siduvus analüüsib autor alljärgnevatel alapeatükkides.

3.2. Hankija otsuste siduvus kahjuhüvitise nõude hindamisel

Üldiselt iseloomustab hankemenetluses tehtud otsuste kehtivust range formaliseeritus. Kui hankija otsuseid ei ole vaidlustatud RHS §-s 117 jj sätestatud korras õigeaegselt ega kehtetuks tunnistatud, siis on tegemist siduvate otsustega nii pakkujatele kui hankijale endale.²⁴⁸ Haldusaktide siduvuse sätestab haldusmenetluse seaduse²⁴⁹ (HMS) § 60 lg 2, mille kohaselt on kehtiva haldusakti resolutiivosa kohustuslik igatühele, sealhulgas haldus- ja riigiorganitele. Samas välistab HMS § 1 lg 2 haldusmenetluse seaduse kohaldumise riigihangete teostamisele ja vaidlustamisele, mille alusel on üheselt leitud, et riigihankemenetluse puhul ei ole tegemist haldusmenetlusega.²⁵⁰ Siiski on kohtupraktikas järjepidevalt leitud, et hankija hankemenetluses tehtud pakkujate kvalifitseerimist, kõrvaldamist, pakkumuste vastavust ja edukaks tunnistamist puudutavate otsuste puhul on tegemist haldusaktidega.²⁵¹

Riigikohus on asunud seisukohale, et kuna hankelepingu sõlmimise järel ei ole hankija otsust, millega jäeti kaebaja kvalifitseerimata, võimalik tühistada ja selle kehtivust kõrvaldada, siis tugineb hankija pakkumuste edukaks tunnistamise korraldus õigusvastasele, kuid kehtivale haldusaktile.²⁵² Haldusakti õigusjõu murdmiseks on vajalik selle kehtetuks tunnistamine.

²⁴⁸ Vt TlnRnK 19.06.2013 määrus haldusasjas nr 3-13-699

²⁴⁹ Haldusmenetluse seadus - RT I 2001, 58, 354... RT I, 25.10.2016, 5.

²⁵⁰ RKHKo 3-3-1-58-06, p 12; TlnRnK 19.06.2013 määrus haldusasjas nr 3-13-699; 251-252; A. Aedmaa jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004, lk 251-252.

²⁵¹ RKHKo 3-3-1-45-12, p 19; RKHKo 3-3-1-7-08, p 13; TlnRnK 19.06.2013 määrus haldusasjas nr 3-13-699;

²⁵² RKHKo 3-3-1-45-12, p 29

Sellel põhjendusel on Riigikohus leidnud, et õigusvastasele, kuid kehtivale pakkujate kvalifitseerimise otsusele tuginemine pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse tegemisel ei muuda edukaks tunnistamise korraldust õigusvastaseks.²⁵³ Seega on Riigikohus sedastanud hankija otsuste siduvust. Sellest tulenevalt on hankija RHS § 53 lg 1 alusel tehtav otsus järgmise pakkumuse edukaks tunnistamise kohta siduv nii pakkujatele kui hankijatele. Järgnevalt tuleb aga hinnata, milline on hankija otsuste siduvuse mõju hankija kahjuhüvitise nõude hindamisel, kui pakkumuse tagasivõtnud pakkuja tugineb esialgse edukaks tunnistamise otsuse õigusvastasusele.

Riigikohtu tsiviilkolleegium on varasemas lahendis asunud seisukohale, et kehtiva haldusakti resolutiivosa on, vaatamata võimalikule õigusvastasusele, üldjuhul siduv ka haldusaktiga seotud tsiviilvaidlust lahendavale kohtule.²⁵⁴ Samas asjas leidis Riigikohus siiski, et üldkohus on tsiviilkohtumenetluses pädev tuvastama, kas haldusakt kehtib ja kas ta on õiguspärane, kui sellest sõltub mõne tsiviilasja lahendamine. Kehtivat haldusakti ei saa aga tsiviilkohtumenetluses tunnistada kehtetuks.²⁵⁵ Seega saab kohtupraktikast järeldada, et kuigi hankija otsus on siduv ka hankija kahjuhüvitise nõuet tsiviilasja läbivaatavale üldkohtule, saab jaatada kohtu pädevust tuvastada kahjuhüvitise nõude esitamise õiguse hindamisel hankija otsuse õigusvastasust. Üldkohtul ei ole aga pädevust tunnistada hankija otsus kehtetuks, st murda otsuse õigusjõudu.²⁵⁶ Seetõttu jääb hankija otsus kehtivaks ning hankija saab sellele tugineda ning formaalselt on tal selle alusel täidetud ka eeldused kahjuhüvitise nõude esitamiseks RHS § 53 lg 2 või 3 alusel. See ei võta pakkumuse tagasivõtnud pakkujalt õigust tugineda vastuväite korras asjaolule, et hankijal puudus õigus tunnistada tema pakkumus edukaks ning paluda kohtul tuvastada hankija otsuse õigusvastasus.

Eeltooduga haakuvad ka Riigikohtu tsiviilkolleegiumi seisukohad lahendis nr 3-2-1-56-13, milles Riigikohus märkis, et kuna hankija ei saa RHS § 38 lg 1 p 2 järgi sõlmida hankelepingut isikuga, kes on likvideerimisel, ei ole hankijal ka õigust nõuda selliselt pakkujalt kahju hüvitamist RHS § 53 lg 2 järgi.²⁵⁷ Samuti andis Riigikohus juhise, et kohtul tuleb tuvastada, kas esines alus teiste ühispakkujate kõrvaldamiseks hankemenetlusest, sest kui selline alus esines, ei ole pakkujate pakkumusest loobumise avaldusel tähtsust, sest

²⁵³ Samas.

²⁵⁴ RKTko 3-2-1-17-03, p 12

²⁵⁵ Samas. Vt ka RKTko 3-2-1-141-04, p 33; RKTko 3-2-1-125-05, p 34 ja RKTko 3-2-1-126-12, p 16; RKTko 3-2-1-178-15, p 20.

²⁵⁶ Samas on P. Pikamäe ja V. Kõve leidnud, et olukorras, kus seadusandja on otsustanud anda avalik-õiguslikus suhtes alusetu rikastumise vaidluste lahendamise erandlikult maakohtu pädevusse, on ta sellega samas tunnustanud ka üldiselt maakohtu pädevust hinnata vajaduse korral haldusakti kehtivust. Konkreetsetes vaidlustes jaatasid P. Pikamäe ja V. Kõve üldkohtu pädevust tühistada haldusakti, vt RKTko 3-2-1-178-15, kohtunike P. Pikamäe ja V. Kõve eriarvamus, p-d 2-5.

²⁵⁷ RKTko 3-2-1-56-13, p 13.

nenedega ei oleks saanud hankija hankelepingut sõlmida.²⁵⁸ Riigikohus ei peatunud küll hankija otsuse siduvuse ja õiguspärasuse kontrolli temaatikal, kuid viidatud Riigikohtu seisukohtadest ja juhistest lähtuvalt hindas vaidluse lõplikult lahendanud ringkonnakohus pakkujate vastavust kvalifitseerimistingimustele ning kohustuslike kõrvaldamise aluste puudumist.²⁵⁹ Kuigi kõrvaldamise aluste esinemise hindamine on võrdlemisi formaalne kontroll, kaasneb sellega paratamatult hankija otsuste õiguspärasuse kontroll. Seega hindas ringkonnakohus kaudselt hankija edukaks tunnistamise otsuse õiguspärasust, kui kontrollis tsiviilasja lahendamisel pakkujate kvalifitseerimist ja kõrvaldamise aluste esinemist.

Seega järeldub kohtupraktikast, et hankija otsuse puhul on tegemist haldusaktiga, mis on kehtiv ja siduv nii pakkujatele, hankijale kui ka kohtule. Vaatamata hankija otsuse siduvusele, on hankija kahjuhüvitise nõuet lahendaval kohtul õigus tuvastada hankemenetluse käigus tehtud otsuste kehtivust ja õiguspärasust, kui sellest sõltub tsiviilasja lahendamine. Hankija edukaks tunnistamise otsus omab tsiviilasjas tähendust siis, kui hankija nõuab selle otsusele kui kehtivale haldusaktile tuginedes kahju hüvitamist pakkujate tagasivõtnud pakkujalt. Otsuse õigusvastasuse tuvastamine ei muuda haldusakti kehtetuks ning hankija võib sellele tuginedes esitada kahjuhüvitise nõude. Siiski võib kohtul hankija kahjuhüvitise nõude põhjendatuse kontrollimisel olla kohustus tuvastada, kas hankija oleks üldse saanud pakkujate tagasivõtnud pakkujaga hankelepingut sõlmida. Kohustus tuvastada hankija edukaks tunnistamise otsuse õiguspärasust on üksnes siis, kui pakkuja tugineb asjaolule, et temaga ei oleks saanud hankelepingut üldse sõlmida. Selline asjaolude tuvastamine eeldab hankija otsuste õiguspärasuse hindamist. Seega sõltub hankija kahjuhüvitise nõude kui tsiviilasja lahendamine sellest, kas hankijal oli õigus tunnistada edukaks pakkuja, kellelt ta nõuab RHS § 53 lg 2 või 3 alusel kahju hüvitamist.

Seda, millisel õiguslikul alusel ning millistel juhtudel saab pakkuja vastu väelda hankija kahjuhüvitise nõudele ja paluda selle rahuldumata jätmist analüüsitakse alljärgnevas alapeatükis.

3.3. Hankija otsuse õigusvastasusele tuginemine

TsÜS § 138 lg 1 kohaselt tuleb õiguste teostamisel ja kohustuste täitmisel toimida heas usus. TsÜS § 138 lg 2 kohaselt ei ole õiguse teostamine lubatud seadusvastasel viisil, samuti selliselt, et õiguse teostamise eesmärgiks on kahju tekitamine teisele isikule. Tegemist on eraõiguse üldpõhimõttega, mis laieneb kõikidele eraõiguslikele õigussuhetele, samuti muudes

²⁵⁸ Samas.

²⁵⁹ Vt TrtRnK 07.11.2013 otsus tsiviilasjas nr 2-11-9612, p-d 17-19.

õigusvaldkondades tekkivatele õigussuhetele.²⁶⁰ Ka VÕS §-s 6 sätestatud hea usu põhimõte kohaldub võlasuhetele, mis võivad tekkida nii eraõiguse reguleerimisalas kui ka muudes õigusvaldkondades. Nii TsÜS § 138 lg 2 kui ka VÕS § 6 lg 2 annavad kohtule õiguse jätta seadusest, tavast või lepingust tulenev kohaldamata.²⁶¹ Samas erinevalt TsÜS § 138 lg-st 2 ei eelda VÕS § 6 lg 2 teisele isikule kahju tekitamise tahtlust.²⁶² Kuna hankemenetluses tekib lepingueelsete läbirääkimistele sarnane võlasuhe, mille alusel tekib hankijal õigus nõuda kahju hüvitamist RHS § 53 alusel, mis oma olemuselt on eraõigusliku õiguskaitsevahendi eriregulatsioon, siis kohalduvad ka RHS § 53 lg 2 või 3 alusel nõude esitamisel hea usu põhimõttest tulenevad õigused ja kohustused.

Hea usu põhimõtte oluliseks funktsiooniks on tõkestada õiguste kuritarvitamist ehk formaalselt kehtiva õiguspositsiooni kasutamise tõkestamine selle kaitsmisest keeldumise kaudu.²⁶³ Õiguse kuritarvitamise üks liike on õiguste ebaaus omandamine, mis tähendab igasuguse enda jaoks soodsama õiguspositsiooni ärakasutamist või omandamist vastuolus hea usu põhimõttega.²⁶⁴ Riigikohus on käsitlenud õiguste kuritarvitamisena eraõiguslikes vaidlustes näiteks seda, kui soodustatud isik tugineb garantiikirja alusel üksnes oma formaalsele õiguslikule positsioonile ja nõuab garantiilt maksmist, vaatamata sellele, et garantiiga tagatud kohustust tegelikult ei ole. Riigikohus on järeldanud, et üksnes nõudegarantii lepingule tuginemine ei ole lubatud juhul, kui see tähendaks õiguste kuritarvitamist ning rikuks heas usus käitumise põhimõtet.²⁶⁵

Hankija, tuginedes kahjuhüvitise nõude esitamisel oma edukaks tunnistamise otsusele, kasutab samamoodi oma kehtivat õiguspositsiooni, mille kasutamisel peab ta arvestama hea usu põhimõttest tulenevate piirangutega. Kui hankija tugineb oma kehtivale ja siduvale otsusele ning nõuab sellest lähtuvalt kahju hüvitamist, siis on pakkujal õigus vaielda nõudele vastu, tuginedes õiguste kuritarvitamise keelule TsÜS § 138 lg 1 ja VÕS § 6 lg 1 alusel ning paluda kohtul jätta RHS § 53 kohaldamata ning kahju välja mõistmata. Hea usu põhimõtte kohaldatavust kinnitab ka Riigikohtu seisukoht lahendis 3-2-1-194-13, milles kohus leidis, et asjaolu, et hankija sai hanketööde jaoks raha kolmandalt isikult ning sellest piisas ka hinna poolest järgmisele pakkujale tööde tasumiseks ei anna alust jätta hüvitis VÕS § 6 lg 2 alusel välja mõistmata.²⁶⁶ Riigikohus ei pidanud küll viidatud vaidluses VÕS § 6 lg 2 eeldusi

²⁶⁰ I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016. § 6 komm 4.1.6, lk 35.

²⁶¹ Samas, vt ka RKTko 3-2-1-102-07, p 16; RKTko 3-2-1-137-10, p 14.

²⁶² I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016. § 6 komm 4.1.6, lk 35.

²⁶³ I. Kull. Tsiviilseadustiku üldosaseadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010, § 138 komm 3.7.1, lk 418.

²⁶⁴ I. Kull. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016. § 6 komm 4.2.3.2, lk 42.

²⁶⁵ RKTkm 3-2-1-49-12, p 11.

²⁶⁶ RKTko 3-2-1-194-13, p 12.

täidetuks, kuid autori hinnangul on Riigikohus oma seisukohaga andnud mõista, et RHS § 53 lg-te 2-3 alusel esitatava nõude võib jätta põhjendatud juhtudel VÕS § 6 lg 2 alusel välja mõistmata. Ka hiljutises ringkonnakohtu otsuses on kohus RHS § 53 lg 2 nõude põhjendatuse juures kontrollinud kahjuhüvitise välja mõistmata jätmise aluse esinemist VÕS § 6 lg 2 alusel.²⁶⁷

Eelnevaga tõuseb küsimus, kas pakkuja saab tugineda hankija otsuse õigusvastasusele ning paluda jätta VÕS § 6 lg 2 alusel kahjuhüvitise välja mõistmata, vaatamata sellele, et sellisel pakkujal puudub subjektiivsete õiguste riive RHS § 117 lg 1 mõttes. Autori hinnangul on siinkohal oluline eristada pakkumuse tagasivõtnud pakkuja õigust vaidlustada edukaks tunnistanud otsuse kehtivust RHS § 117 lg 1 alusel ning õigust tugineda otsuse õigusvastasusele tsiviilasjas, milles lahendatakse tema vastu esitatud kahjuhüvitise nõuet. RHS § 117 lg 1 alusel vaidlustamiseks ei piisa subjektiivsete õiguste riive põhjendamiseks asjaolust, et hankijal on õigus esitada pakkuja vastu alusetu kahjuhüvitise nõue.²⁶⁸ Tsiviilasja puhul, nagu eelnevalt märgitud, omab tähendust aga asjaolu, kas hankijal oli üldse õigust sõlmida sellise pakkujaga hankelepingut.²⁶⁹ Seega tuleb jaatada pakkumuse tagasi võtnud pakkuja õigustatud huvi tema edukaks tunnistamise otsuse õiguspärasuse tuvastamiseks, vaatamata sellele, et tal puudub subjektiivne õiguste riive RHS § 117 lg 1 mõttes.

Võimaldades pakkujal hankija otsuse õigusvastasusele tuginedes vältida kahjuhüvitise nõude rahuldamist, nõrgeneb selle võrra hankija kahjuhüvitise regulatsiooni funktsioon tagada reaalsete pakkumuste esitamist ning regulatsiooni distsiplineeriv mõju. Sellest tõusetub küsimus, millistel juhtudel saab pakkuja hankija kahjuhüvitise nõude tõrjumisel tugineda hankemenetluse rikkumisest tulenevale hankija otsuse õigusvastasusele. Autori hinnangul ei anna igasugune väheoluline eksimus hankemenetluse läbiviimisel alust tugineda hankija otsuse õigusvastasusele. Näiteks ei ole põhjendatud jätta hankija kahjuhüvitise nõue rahuldamata põhjusel, et hankija hilines selgituste andmisel ning rikkus sellega RHS § 56 lg 2 tulenevat kohustust. Seevastu on pakkujal õigus tugineda hankija edukaks tunnistamise otsuse õigusvastasusele juhul, kui hankija on õigusvastaselt pakkuja kvalifitseerinud, jätnud pakkuja kõrvaldamata või tunnistanud vastavaks mittevastava pakkumuse. Kuigi hankija kahjuhüvitise nõude regulatsiooni funktsiooniks on tagada reaalsete pakkumuste esitamine ning hankemenetluses osalemise majanduslikku riski kannab pakkuja, on hankijal siiski seadusest tulenev kohustus jätta pakkuja kvalifitseerimata või lükata pakkumus tagasi, kui pakkuja või

²⁶⁷ Vt TlnRnK 09.11.2016 otsus tsiviilasjas nr 2-16-216, p 19.

²⁶⁸ Vt käesoleva töö ptk 3.1.

²⁶⁹ Vt käesoleva töö ptk 3.2.

pakkumus ei vasta hanketeates ja –dokumentides esitatud tingimustele.²⁷⁰ Samuti on hankijal kohustus kõrvaldada pakkuja hankemenetlusest RHS § 38 lg-s 1 sätestatud juhtudel. Seega, kui pakkuja ei vastanud kvalifitseerimistingimustele, pakkumus oli mittevastav või esines kohustuslik pakkuja kõrvaldamise alus, on põhjendatud pakkuja vastuväide hankija otsuse õigusvastasuse kohta. Sellisel juhul poleks hankijal hankemenetluse õiguspärasel läbiviimisel olnud võimalik sõlmida pakkujaga hankelepingut. Eeltoodu tuleneb ka RHS § 53 eesmärgiks välistada ka hankija võimalused hankemenetluse manipuleerimiseks.²⁷¹ Põhjendamatu oleks lubada hankijal tunnistada edukaks mittevastav pakkumus ja mõista selliselt pakkujalt välja kahjuhüvitis põhjusel, et RHS § 53 otstarbeks on tagada reaalse pakkumuste esitamine.

Küsitav on, kas edukaks tunnistamise otsuse õigusvastasusele tuginemine on võimalik ka juhul, kui pakkuja leiab, et ta oleks tulnud kõrvaldada RHS § 38 lg 2 alusel või tema pakkumus oleks tulnud tagasi lükata, sest tegemist oli põhjendamatult madala maksumusega pakkumusega. Esiteks puudub nendel juhtudel hankijal kohustus pakkuja kõrvaldada või pakkumus tagasi lükata, sest tegemist on hankija diskretsioonotsustega. Oluline on silmas pidada, et mittekvalifitseeriva pakkuja ja mittevastava pakkumuse puhul ei saa seadusest lähtuvalt hankijal tekkida õigustatud ootust hankelepingu sõlmimiseks, sest hankijal on kohustus selline pakkuja kõrvaldada ja pakkumus tagasi lükata. Samas madala maksumusega pakkumuse puhul või vabatahtliku kõrvaldamise aluse esinemise puhul säilib õigustatud ootus hankelepingu sõlmimiseks, kuivõrd puudub pakkuja kõrvaldamise ja pakkumuse tagasi lükkamise automaatne kohustus. Teiseks on kaheldav, et põhjendamatult madala pakkumuse teinud pakkuja peaks vabanema kahju hüvitamise kohustusest. See tekitaks lubamatu olukorra, milles pakkuja saab teha riskivabalt madalaid pakkumusi, sest pakkumuse tagasivõtmisel saab ta vältida hankija kahjuhüvitise nõuet enda vastu. Sama kehtib ka juhtudel, mil pakkuja tugineb hankija otsuse õigusvastasusele vabatahtliku kõrvaldamise aluse esinemise tõttu. Autori hinnangul ei ole sellistes olukordades põhjendatud anda pakkujatele hea usu põhimõtte egiidi all kaitset. Vastupidiselt on pakkujate õigus tugineda hankija kahjuhüvitise nõudele vastu vaidlemisel põhjendamatult madala maksumuse või vabatahtliku kõrvaldamise aluse esinemise argumentidele piiratud hea usu põhimõttega.

Teine õiguslik alus, mis võimaldab osaliselt või tervikuna tõrjuda hankija kahjuhüvitise nõuet on VÕS §-des 139 ja 140 sätestatud kahju vähendamise regulatsioon. Nagu eespool mainitud, tulevad RHS § 53 lg-te 2-3 alusel nõude esitamisel kohaldamisele ka kahju hüvitise ulatuse

²⁷⁰ RHS § 47 lg 2.

²⁷¹ Vt käesoleva töö ptk 2.2.

üldised sätted.²⁷² VÕS §-de 139 ja 140 kohaldumist hankija kahjuhüvitise nõudele on jaatanud ka Riigikohus.²⁷³ Kahjuhüvitise vähendamise regulatsioon võimaldab nõuda hüvitise vähendamist isegi kuni nullini.²⁷⁴ Samas leiab autor, et olukorras, kus kohus tuvastab, et pakkumuse tagasivõtnud pakkujate edukaks tunnistamine oli ebaõige ehk tuvastab hankija otsuse õigusvastasuse, siis on asjakohasem kohaldada VÕS § 6 lg-t 1 ja 2 ning jätta kahjuhüvitis välja mõistmata, mitte vähendada seda nullini VÕS § 139 või 140 alusel. VÕS §-de 139 ja 140 funktsiooniks on piirata kahjunõude ulatust olukordades, kus kahju tekitamine on tulenenud osaliselt kahjustatud isikust või on ebaselge, milline mõju oli kahju tekkimisel kahju kahjustatud isikul endal või olukorras, kus kogu kahju hüvitamise nõudmine oleks ebaõiglane või muudel põhjustel äärmiselt ebamõistlik.

Kahju vähendamisega seonduvalt on tähelepanuväärne Riigikohtu seisukoht, millest järeldub, et kui hankija saab hankelepingu täitmiseks raha kolmandalt isikult ning see rahastus katab ära ka eduka pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud hinnavahe, siis ei ole välistatud kahju hüvitamise vähendamine VÕS § 140 alusel.²⁷⁵ Ühelt poolt on see seisukoht mõistetav, sest kui hanketööd on rahastatud kolmanda isiku poolt ning eduka pakkumuse tagasivõtmine ei põhjusta hankijale lisakulu oma vahendite arvel, siis ei ole hankijale endale kahju tekkinud. Teisalt on tõstatab selline seisukoht kahtlusi, kas selline vähendamine oleks kooskõlas RHS § 53 eesmärkidega. Nimelt, kuivõrd kahju hüvitamise eesmärk ei ole üksnes hankijale tekkinud kahju hüvitamine, vaid samuti tagada läbi reaalsete pakkumuste esitamise ka riigi rahaliste vahendite otstarbekas ja säästlik kasutamine, siis ei tohiks olla hankija kahjuhüvitise ulatuse määramisel vahet, millisest allikast riik hankijat rahastab. Juhul, kui kahjuhüvitise nõuet vähendatakse juhtudel, mil hanketööd on rahastatud kolmandate isikute poolt, on pakkujad, kes osalevad välisrahastuse abil finantseeritavatel hangetel paremas olukorras, kui pakkujad, kes osalevad hankemenetlustes, kus hankija rahastus tuleb täielikult oma vahenditest. Selline käsitlus annaks signaali, et juhul, kui hange on rahastatud näiteks Euroopa struktuuri- ja investeerimisfondi vahenditest, siis ei pruugi pakkujale eduka pakkumuse tagasivõtmisel järgneda kahju hüvitamise kohustust või võidakse vähendada kahju hüvitamise kohustust. Nii õhonestatakse RHS § 53 eesmärki tagada hankemenetluses reaalsete pakkumuste esitamine. Samas puudub selles küsimuse lõplik kohtu seisukoht – Riigikohus on maininud üksnes, et sellises olukorras ei pruugi olla välistatud kahju hüvitamise vähendamine.

²⁷² Vt käesoleva töö ptk 2.3.

²⁷³ RKTko 3-2-1-194-13, p 12.

²⁷⁴ Vt K. Sein. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016. § 139 kamm 4.4.1 ja 4.6, lk 732 ja 736.

²⁷⁵ Vt RKTko 3-2-1-194-13, p 12.

TsMS § 230 lg 1 ja VÕS § 6 lg 2 alusel lasub tõendamiskoormis pakkujal, st pakkuja peab esile tooma asjaolud, tõendid ning õiguslikud põhjendused, mis tõendavad ja põhistavad hankija otsuste õigusvastasust. Teisisõnu peab pakkuja tõendama, et hankija on rikkunud riigihangete seaduse sätteid pakkuja kvalifitseerimisel, kõrvaldamata jätmisel, pakkumuse vastavaks tunnistamise või edukaks tunnistamisel. See viib aga omakorda selleni, et üldkohus peab hakkama hindama hankemenetluse läbiviimise õiguspärasust, mis oma olemuselt vastab hankeasjale²⁷⁶ HKMS § 266 lg 1 mõttes ning on halduskohtu pädevuses.²⁷⁷ Halduskohtu ainupädevus hankeasjade lahendamisel ei piira siiski üldkohtu õigust hinnata hankija otsuse õiguspärasust, kuivõrd sellega ei tunnista üldkohus hankija otsuseid kehtetuks, ei hinda nende sisu ümber ega muuda sellega toimunud hankemenetluse tulemit. Oluline on silmas pidada, et üldkohus võib kontrollida haldusakti õiguspärasust üksnes ulatuses, mis on vajalik konkreetse tsiviilasja jaoks – kohus ei saa analüüsida näiteks teiste pakkumuste vastavaks tunnistamist, kui see pole tsiviilasja lahendamise jaoks tähtis. Seega on kohus reeglina piiratud hankija otsuse õiguspärasuse hindamisel selle asjaolu analüüsimisega, kas hankija oleks saanud eduka pakkumuse tagasivõtnud pakkujaga hankelepingut üldse sõlmida. Küll aga viib eeltoodu selleni, et üldkohus peab hakkama hindama detailselt hankemenetluse läbiviimise protsessi, mis ei ole üldkohtu tavapärane ülesanne. Sellest võib tõusetuda küsimus, kas sarnaselt pakkuja kahjuhüvitise nõude ja tagatise regulatsiooniga, ei võiks ka hankija kahjuhüvitise nõuded olla allutatud halduskohtule. Selle küsimuse analüüsimine jääb aga käesoleva magistr töö mahtu ja eesmärke arvestades järgnevate teadustööde käsitleda.

Eeltoodut kokku võttes on pakkujal õigus vaielda hea usu põhimõttest (TsÜS § 138 ja VÕS § 6) lähtuvalt hankija RHS § 53 lg 2 ja 3 alusel esitatavale kahjunõudele vastu ning paluda kohtul selle välja mõistmata jätmist. Selleks peab hankija tõendama ning üldkohus tuvastama, et hankija on oma otsuste tegemisel rikkunud riigihangete seaduse sätteid, mille tulemusel ei oleks saanud pakkujaga hankelepingut üldse sõlmida. Täiendavalt on pakkujal õigus paluda VÕS § 139 ja § 140 alusel kahju vähendamist, kuid kaheldav on, kas vähendamine on õigustatud juhtudel, kui hankelepingu täitmine on rahastatud kolmanda isiku poolt.

3.4. Vahekokkuvõte

Pakkumuse tagasivõtnud pakkujal puudub õigus vaidlustada hankija otsuseid tema kvalifitseerimise, pakkumuse vastavaks ja edukaks tunnistamise kohta. Seda põhjusel, et RHS

²⁷⁶ HKMS § 266 lg 1 kohaselt on hankeasjaks riigihanke korraldamisest, sealhulgas hankelepingu sõlmimisest või muutmisest tekkinud haldusasi. Hankeasi on hankemenetlusest ja riigihankest võrsunud asi ja tegemist on haldusasja, mitte tsiviilasjaga. J. Jäätma. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013. § 266 komm B, I, lk 725-727.

²⁷⁷ Vt samas, § 266 komm B, I, p 5, lk 726

§ 117 lg-st 1 tulenevalt on vaidlustusmenetluses kaitstavaks pakkuja õiguseks hankelepingu sõlmimise võimalus ning isikute hankemenetluses osalemise ainus seaduslik eesmärk on huvi sõlmida hankeleping. Seetõttu ei saa nimetatud otsused rikkuda pakkuja seadusega kaitstud subjektiivseid õigusi. Põhjendamatud on praktikas hankijate esitatavad vastuväited, et pakkuja ei saa tugineda hankija otsuste õigusvastasusele, sest pakkuja ei ole vaidlustanud hankija otsuseid.

Hankija otsuse puhul on tegemist haldusaktiga, mille õigusjõu murdmiseks on vajalik selle kehtetuks tunnistamine, mistõttu on hankija otsus siduv. Kuigi üldjuhul on haldusakt siduv ka tsiviilvaidlust lahendavale kohtule on Riigikohtu järjepideva praktika kohaselt üldkohus pädev tuvastama, kas haldusakt kehtib ja kas see on õiguspärane, kui sellest sõltub mõne tsiviilasja lahendamine. Hankija otsus jääb küll igal juhul kehtima ning hankija võib formaalselt selle tugineda ning nõuda pakkumuse tagasivõtnud pakkujalt kahjuhüvitist RHS § 53 lg 2 või 3 alusel, kuid pakkujale jääb õigus tugineda asjaolule, et hankijal puudus õigus tunnistada tema pakkumus edukaks ning paluda kohtul tuvastada hankija otsuse õigusvastasus. Riigikohtu praktikast tulenevalt on RHS § 53 lg 2 alusel esitatavale hankija kahjunõude põhjendatuse kontrollimisel vajalik tuvastada, kas hankija oleks üldse saanud pakkumuse tagasivõtnud pakkujaga hankelepingut sõlmida. Selline asjaolude tuvastamine eeldab hankija otsuste õiguspärasuse hindamist.

Hankija kahjuhüvitise nõudele laieneb ka TsÜS § 138 lg-st 1 ja VÕS § 6 lg-st 1 tulenev õiguste kuritarvitamise keeld, täpsemalt õiguste ebaausa omandamise keeld, mille kohaselt on keelatud enda jaoks soodsama õiguspositsiooni ärakasutamine või omandamine. Hankija, tuginedes kahjuhüvitise nõude esitamisel oma edukaks tunnistamise otsusele, kasutab oma kehtivat formaalset õiguspositsiooni, mille kasutamisel peab ta arvestama hea usu põhimõttest tulenevate piirangutega. Pakkujal on seega õigus vaielda hea usu põhimõttest (TsÜS § 138 ja VÕS § 6) lähtuvalt hankija RHS § 53 lg 2 ja 3 alusel esitatavale kahjunõudele vastu ning paluda kohtul selle välja mõistmata jätmist VÕS § 6 lg 2 alusel. Selline õigus on reeglina piiratud üksnes juhtumitega, mil hankija on tunnistanud edukaks pakkuja, kes oleks tulnud kõrvaldada, jätta kvalifitseerimata või kelle pakkumus oleks tulnud tunnistada mittevastavaks. Teistel juhtudel on VÕS § 6 lg 2 alusel hankija kahjuhüvitise nõudele vastu vaidlemine ja hankija otsuse õiguspärasuse tuvastamine, kas välistatud või äärmiselt piiratud.

Pakkujal on võimalik tugineda ka VÕS §-dele 139 ja 140 ning paluda kahju vähendamist. Kui pakkuja leiab, et hankija otsused on õigusvastased, sest hankijal pole hankemenetluse õiguspärasel läbiviimisel olnud võimalik pakkujaga üldse hankelepingut sõlmida, on kahjunõude täielikuks välistamiseks kohane õiguslik alus VÕS § 6 lg 2. Riigikohtu praktika

kohaselt ei ole kahju vähendamine välistatud, kui hankija saab hankelepingu täitmiseks raha kolmandalt isikult ning see rahastus katab ära ka eduka pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud hinnavahe. Selline seisukoht on kaheldav, sest see võib õõnestada kahju hüvitamise regulatsiooni eesmärki tagada reaalsete pakkumuste esitamist, riigi rahaliste vahendite otstarbekat ja säästlikku kasutamist ning soosiks ebavõrdselt pakkujaid, kes osalevad hankemenetlustel, milles hankelepingut rahastab näiteks Euroopa struktuuri- ja investeerimisfond.

Kui pakkuja soovib tema vastu esitatud kahjuhüvitise nõudele vastu vaidlemiseks tugineda VÕS § 6 lg-le 2 ning paluda kohtul jätta kahjuhüvitis välja mõistmata hankija otsuse õigusvastasuse tõttu, siis peab pakkuja esile tooma asjaolud, tõendid ning õiguslikud põhjendused, mis tõendavad ja põhistavad hankija otsuste õigusvastasust. Üldkohus peab sellest lähtuvalt hakkama hindama hankemenetluse läbiviimise õiguspärasust, mis oma olemuselt vastab hankeasja tunnustele ning on halduskohtu pädevuses. Sellegipoolest ei piira see asjaolu hankija otsuse õiguspärasuse hindamist, sest selle käigus ei tunnistata hankija otsuseid kehtetuks ega hinnata ümber nende sisu. Küll aga tõusetub sellest küsimus, kas seetõttu, et üldkohus peab hankija otsuste õiguspärasuse hindamisel hakkama kontrollima hankemenetluse läbiviimise korrektsust, mis muidu kuulub VAKO ja halduskohtu pädevusse, oleks õigustatud allutada hankija kahjuhüvitise nõuded samuti halduskohtule. Sellele küsimusele käesolevas magistritöö mahu ja eesmärkide tõttu vastust kahjuks anda ei saa.

KOKKUVÕTE

Praktikas tõusetunud õigusprobleemidest ajendatuna oli magistritöö üheks eesmärgiks selgitada hankija kahjuhüvitise nõude regulatsiooni kujunemist, otstarvet ja vajalikkust. Teiseks eesmärgiks oli tuvastada hankija kahjuhüvitise nõude eeldused eduka pakkuja pakkumuse tagasivõtmise või hankelepingu sõlmimisest keeldumise puhul ning selgitada võimalikke vastuväiteid sellele nõudele. Autor püstitas magistritöö sissejuhatuses kolm hüpoteesi. Esiteks küsis autor, kas hankija kahjunõude eriregulatsioon on vajalik ehk, kas olemasolevast võlaõiguslikest kahjuhüvitise nõude ja pakkumuse tagatise regulatsioonist ei piisa, et tagada hankija kahjuhüvitise nõude eriregulatsiooniga taotletavaid eesmärgi. Teiseks väitis autor, et hankijal on õigus nõuda eduka pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud kahju ka juhtudel, mil pakkuja võtab pakkumuse tagasi enne edukaks tunnistamist. Kolmandaks väitis autor, et pakkujal, kelle vastu on kahjuhüvitise nõue esitatud, on vaatamata hankija otsuste siduvusele, õigus tugineda riigihankemenetluse nõuete rikkumisele. Püstitatud hüpoteeside kontrollimiseks ja magistritööga seatud eesmärkide saavutamiseks analüüsiti esmalt hankija kahjuhüvitise eriregulatsiooni allikaid, selle otstarvet ning võrreldi nõude aluse ja tagajärgede erisusi lepinguelse võlasuhte rikkumisest tekkinud kahjunõudega ning pakkumuse tagatise regulatsiooniga. Seejärel analüüsiti hankija kahjuhüvitise nõude eelduseid ning peamisi vastuväiteid. Analüüsi tulemusel tegi autor järgmised peamised järeldused.

Pakkumuse tagasivõtmisest tekkiv hankija kahjuhüvitise nõue on reguleeritud üksnes riigisisese õiguse tasemel. Eesti õiguses on see kehtestatud eraldi nõudenormina riigihangete seaduses (RHS § 53 lg-d 2 ja 3), erinevalt Saksa õigusest, milles on pakkumuse tagasivõtmisel tekkinud kahjunõuded lahendatud *culpa in contrahendo* doktriini alusel. Kahjuhüvitise nõude eriregulatsioon on kehtiva seaduse kohaselt kohaldatav kuni hankelepingu sõlmiseni, pärast mida rakenduvad lepinguõiguslikud õiguskaitsevahendid. Uue RHS-i eelnõuga on kavandatud laiendada eriregulatsiooni kohaldamisala ka olukordadele, mil hankeleping on sõlmitud, kuid pakkuja ei asu hankelepingut määratud tähtajal täitma.

Kahjuhüvitise eriregulatsiooni peamiseks otstarbeks on: (1) lihtsustada hankijale pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud kahju hüvitamist, (2) tagada reaalsete pakkumuste esitamine ning selle kaudu, (3) hoida ära pakkujate omavahelised keelatud kokkulepped ning (4) tagada hankemenetluse ausus, läbipaistvus, konkurentsi tekkimine ja võrdne kohtlemine.

Hankija kahjuhüvitise nõude alternatiivse alusena saab käsitleda VÕS § 14 lg 3 ja § 115 alusel esitatavat kahjunõuet, kuid RHS § 53 lg-te 2 ja 3 puhul on tegemist erinormiga,

mistõttu ei kohaldata paralleelselt VÕS § 14 lg 3 ja § 115. Alternatiivsete nõudealuste kontekstis leidis autor, et kahjuhüvitise nõude eriregulatsioon on vajalik, sest VÕS § 14 lg 3 alusel on hankijal keeruline tõendada pakkuja pahausksust pakkumuse tagasivõtmisel ning õigusteooria ja senise kohtupraktika kohaselt ei ole võimalik VÕS § 14 lg 3 alusel nõuda pakkumuste maksumuste hinnavahet., mistõttu ei taga alternatiivne nõude alus piisavalt efektiivselt eriregulatsiooni otstarbe ja eesmärkide täitmist. Samale seisukohale jõudis autor ka pakkumuse tagatise regulatsiooni osas, sest paljud hankijad ei rakenda seda isegi suuremate maksumustega hangete puhul ning samuti on tagatisega nõutav summa on äärmiselt piiratud. Autor leidis kokkuvõtlikult, et lepingueelsete läbirääkimiste võlasuhte alusel esitatav nõue ega pakkumuse tagatise regulatsioon ei lihtsusta oluliselt hankijale pakkumuse tagasivõtmisest tekkinud kahju hüvitamist ega taga piisavalt efektiivselt reaalse pakkumuste esitamist.

Riigihangete seaduse süstemaatilise, ajaloolise ning teleoloogilise tõlgendamise kaudu järeldas autor, et RHS § 53 kohaldub ka juhul, kui pakkuja on võtnud pakkumuse tagasi pärast pakkumuse esitamise tähtaega, kuid enne pakkumuse edukaks tunnistamise otsust. Pakkujad peavad arvestama, et nad on pakkumusega seotud pakkumuse jõusoleku tähtaja jooksul ning kannavad sel ajavahemikul ka majandusrisi. Eitades RHS § 53 kohaldumist enne edukaks tunnistamist tagasi võetud pakkumuste suhtes, muutuks see säte suures ulatuses sisutuks, sest võimaldaks pakkujatel teha läbimõtle mata või hankelepingu sõlmimise kavatsuseta pakkumusi, sillutades sellega teed pakkumuse jõusoleku regulatsiooni kuritarvitamiseks pakkujate poolt. Selline tõlgendus ei tagaks reaalse pakkumuste esitamist, hankemenetluse läbipaistvust, ausust, konkurentsi tekkimist ega võrdset kohtlemist.

Riigihangete seadus ei näe ette alust kõrvaldada pakkuja või lükata pakkumus tagasi põhjusel, et pakkuja on avaldanud tahet mitte olla enam seotud enda pakkumusega. Seetõttu leidis autor, et hankija peab sellisel juhul jätkama hankemenetlust selle pakkumuse osas ning juhul, kui selline pakkumus osutub edukaks, peab hankija juhinduma RHS §-st 53. Selle järeldusega vastandus autor õiguskirjanduses toodud seisukohtadele pakkumuse nõ tagasivõtmatus ja absoluutse siduvuse puudumise kohta.

Pakkumuse tagasivõtmise tahteavaldust tuleb tõlgendada TsÜS § 75 lg 1 alusel. Pakkujal on kohustus tõendada, et hankija teadis või pidi teadma, et pakkuja tegelik tahe ei olnud pakkumust tagasi võtta. Kui pakkuja seda tõendada ei suuda, tuleb pakkuja tahteavaldust tõlgendada TsÜS § 75 lg 1 ls 2 kohaselt selliselt, kuidas mõistlik hankija sarnases olukorras seda mõistma pidi. Kuna praktikas esitavad pakkujad taotluslikult hägusaid tahteavaldusi enda pakkumuste osas, siis on hankijatele soovituslik täpsustada pakkujatelt, kas nad

soovivad oma pakkumuse tagasi võtta ning selgitada pakkumuse tagasivõtmise tagajärgi tulenevalt RHS § 34 lg-st 5 ja §-st 53. Hankelepingu sõlmimisest keeldumist võib järeldada nii konkludentsest tahteavaldusest (nt pakkuja teade seada hankelepingu sõlmimine sõltuvusse tingimuste muutmisest) kui ka pakkuja tegevusest (hankelepingu allkirjastamata jätmine). Pakkumust tagasivõttev tahteavaldus ei pea olema kirjalikus vormis, sest sellele ei kohaldu RHS § 44 lg 2. Ka juhul, kui jõuda tõlgendamisel vastupidisele seisukohale, ei oleks vormipuudustega pakkumust tagasivõttev tahteavaldus tühine TsÜS § 83 lg 1 alusel, sest sellise vorminõude funktsiooniks ei saa olla tühisuse kaasa toomine.

Hankija kahjuhüvitise teiseks eelduseks on, et pakkumuse tagasivõtmine ei ole tingitud hankijast tulenevast asjaolust, mille eesmärgiks on välistada hankija võimalused hankemenetlusega manipuleerimiseks. Teine eeldus on täidetud, kui pakkuja võtab pakkumuse tagasi põhjustel mille riski ta ise kannab, näiteks pakkumuses tehtud olulise vea tõttu või pakkumuse jõusoleku ajal avastatud muu vea tõttu, millest tulenevalt ei suuda pakkuja hankelepingut täita. Pakkujal on vaatamata sellele võimalus vabaneda vastutusest VÕS § 103 alusel, kui ta tõendab, et pakkumuse tagasivõtmise põhjustas vääramatü jõu tõttu tekkinud asjaolu. Hankijast tuleneva asjaoluga võib olla tegemist näiteks siis, kui hankija on kehtestanud hankelepingu sõlmimisel hankedokumentidest erinevaid tingimusi.

RHS § 53 lg-te 2-3 alusel esitatava pakkumuste maksumuse vahe hüvitamise nõude puhul ei ole vajalik kontrollida täiendavalt VÕS § 127 lg-te 1-2 ja 4 eelduste täitmist, sest nende täitmist eeldatakse lähtuvalt kahjuhüvitise nõude eriregulatsiooni olemusest. Samuti ei pruugi kahju ulatus RHS § 53 alusel olla piiratud pakkumuste maksumuse vahe hüvitamisega, vaid kõne alla võib tulla ka muu kahju, näiteks kohtueelsete õigusabi kulude, hüvitamine. Siiski tuleb muude kahjude puhul tuleb eraldi hinnata, kas see on hüvitatav VÕS § 127 lg-te 1-2 ja 4 alusel. Hankija saab nõuda täiendavalt ka viivist alates kahjunõude sissenõutavusest.

Pakkuja, kes on võtnud pakkumuse tagasi, ei saa vaidlustada hankija otsuseid tema ja tema pakkumuste kohta, sest sellisel pakkujal puudub huvi sõlmida hankeleping, mis on RHS § 117 lg 1 alusel vaidlustuse esitamise eelduseks. Sellest tulenevalt ei saa hankijad pakkujale kahjuhüvitise nõude üle peetavas vaidluses ette heita hankija otsuste vaidlustamata jätmist. Hankija otsuse puhul on tegemist haldusaktiga, mille õigusjõu murdmiseks on vajalik selle kehtetuks tunnistamine. Samas on hankija kahjuhüvitist läbivaatav üldkohus pädev tuvastama hankija otsuse kehtivust ja õiguspärasust, kuid tal puudub pädevus selle kehtetuks tunnistamiseks.

RHS § 53 lg-te 2 ja 3 alusel esitatava hankija kahjunõude põhjendatuse kontrollimisel tuleb pakkuja sellekohasel vastuväite esitamisel tuvastada, kas hankija oleks üldse saanud pakkumuse tagasivõtnud pakkujaga hankelepingut sõlmida. Selle asjaolu tuvastamiseks peab kohus hindama hankemenetluse läbiviimise õiguspärasust ja selle kaudu ka hankija otsuse õiguspärasust. Hankija, kes tugineb õigusvastasele edukaks tunnistamise otsusele ning nõuab selle alusel kahjuhüvitamist, kuritarvitab oma formaalset õiguspositsiooni ning pakkuja võib sellisel juhul nõuda hea usu põhimõttest tulenevalt jätta kahju hüvitise nõue välja mõistmata VÕS § 6 lg 2 alusel. Selline pakkuja õigus on reeglina piiratud üksnes juhtumitega, mil hankija on tunnistanud edukaks pakkuja, kes oleks tulnud kõrvaldada, jätta kvalifitseerimata või kelle pakkumus oleks tulnud tunnistada mittevastavaks. Teistel juhtudel on VÕS § 6 lg 2 alusel hankija kahjuhüvitise nõudele vastu vaidlemine ja hankija otsuse õiguspärasuse tuvastamine, kas välistatud või äärmiselt piiratud.

Pakkuja, kes palub kohtul jätta kahjuhüvitis välja mõistmata VÕS § 6 lg 2 alusel hankija otsuse õigusvastasuse tõttu, peab tõendama, et hankija on rikkunud hankemenetluse läbiviimise korda, mille tulemusel ei oleks pakkujaga olnud üldse võimalik hankelepingut sõlmida. Vaatamata sellele, et hankemenetluse läbiviimise õiguspärasuse kontrollimine on halduskohtu pädevuses, võib seda tsiviilasja lahendamise jaoks teha ka üldkohus.

Eeltoodust nähtuvalt leidsid autori püsitatud hüpoteesid kinnitust. Magistritöö tulemusena selgitas autor hankija kahjuhüvitise nõude eriregulatsiooni vajalikkust ning lahendas praktikas eriregulatsiooni kohaldumisega tõusetunud õigusprobleemid. Autor tuvastas hankija kahjuhüvitise nõude eeldused ja võimalikud vastuväited, mis loodetavasti aitavad hankijatel hinnata oma kahjunõude perspektiivi ning pakkujatel arvestada pakkumise tegemisel võetavate riskidega.

Käesoleva magistritöö käigus tõusetusid ka järgmised kaks õigusprobleemi, mis väljusid magistritööle seatud eesmärkide ja mahu piirist. Esiteks väärrib autori hinnangul täiendavalt analüüsimist küsimus, kas ka Eesti õiguse kohaselt on pakkujal võimalik erandlikel juhtudel tühistada oma pakkumus tehingu tühistamise sätete alusel. Pakkuja pakkumuse siduvuse analüüsimisel nähtus, et Saksa õigus võimaldab erandlikel juhtudel tühistada ka hankemenetluses tehtud pakkumus BGB-s ettenähtud üldises korras näiteks eksimuse alusel. Sellisel juhul ei oleks tegemist pakkumuse tagasivõtmisega, sest pakkumus lõkkab olemast kehtiv selle esitamisest alates. Teiseks tõusetus küsimus, kas oleks põhjendatud hankija kahjuhüvitise nõude allutamine halduskohtu pädevusse, kuivõrd sellise nõude menetlemisel tekib vajadus hinnata hankemenetluse läbiviimise korrektsust, mis on VAKO ja halduskohtu pädevuses.

CONTRACTING AUTHORITY'S CLAIM FOR DAMAGES DUE TO TENDER WITHDRAWAL

Abstract

The Estonian Public Procurement Act (PPA) § 53 sets forth the consequences for continuation of the procurement procedure if a tenderer withdraws its successful tender or refuses to conclude the contract. One such consequence is the contracting authority's right to request compensation for loss from the tenderer who withdrew their tender that was declared successful to the extent of the difference between the value of the withdrawn tender and that of the next tender that was declared successful. In recent practice certain legal questions have risen in disputes between contracting authorities and tenderers who have withdrawn from their tender. These questions have not been directly addressed in the PPA nor in existing case law. They regard mainly the scope and prerequisites of the contracting authority's claim for damages set forth in PPA § 53. Therefore the purpose of this thesis is firstly to clarify the function and aims of the aforementioned claim for damages regulation. Secondly, the thesis focuses on the prerequisites of the contracting authority's claim for damages and analyses possible counter-arguments against such claim.

By analysing European Union (EU) directives 89/665/EEC, 92/13/EEC, 2007/66/EC and also the Agreement on Government Procurement (GPA) the author concluded that the regulation of contracting authority's claim for damages does not derive nor is regulated in the EU and international legislation mentioned above and is therefore solely in the competence of Member States due to the principle of procedural autonomy.

Historical and systematic analysis of the PPA § 53 leads to a conclusion that the main functions of the regulation is to: (1) make it easier for the contracting authority to claim damages;(2) ensure that the tenderers submit earnest tenders, i.e. not submit tenders without the intention to conclude the contract; (3) avoid prohibited agreements between tenderers; (4) ensure the economical use of financial resources of the contracting authority and to ensure transparency, true competition and equal treatment among the tenderers.

Due to the existing private law remedies, such as the right to claim damages under *culpa in contrahendo* doctrine, and due to the legal institution of tender security, the author sought to establish whether there existed a need for a special regulation for the contracting authority to claim damages. By comparing the effectiveness of the claim under *culpa in contrahendo* and the effects of the tender security, the author concluded that neither the alternative basis set out

in the existing private law nor the institution of tender security provided the effectiveness needed to fulfil the aforementioned functions.

Recent case-law has demonstrated that tenderers try to avoid the consequences of a tender withdrawal by making vague statements to the contracting authority about the non-compliance of their tender instead of a clear declaration of withdrawal. The Author concluded that these declarations need to be interpreted according to the General Part of the Civil Code Act (GPCCA). It falls on the tenderer to prove that the contracting authority knew or had to know that the tenderer's declaration was not a withdrawal of tender. If the tenderer fails to prove that the declaration is to be interpreted according to the understanding of a reasonable contracting authority in the same situation. Any statement made to the contracting authority by which the tenderer states its incapability to fulfil the future contract should be interpreted as a withdrawal of tender and not as a simple warning. Refusing to sign the contract or demanding substantial changes in the contract manifests the tenderer's will to decline from conclusion of the contract. Declaration of withdrawal made after the closing date of submission of tenders does not require a written form and can be done e.g via e-mail.

When confronted with the claim for damages, the tenderers have also stated that the PPA § 53 does not apply in situations in which a withdrawal was made before a decision of successful tenderer was declared. Using historical, systematic and teleological interpretation the author concluded that application of PPA § 53 is not ruled out when the tenderer withdraws its tender before the contracting authority's decision of a successful tender. PPA does not allow to withdraw a tender after the date of submission. PPA also does not allow the contracting authority to exclude a tenderer or reject its offer when the tenderer has made a declaration of withdrawal before the contracting authority's decision of a successful tender. Tenderers need to keep in mind that according to the rules of PPA, submitted tenders are binding after the closing date of submission of tenders until the expiry of validity term of the tender. Tenderers bare the financial risks arising from the bindingness. If one were to argue that PPA § 53 did not apply to such withdrawals then such interpretation would set grounds for the tenderers to make use of such possibility for malicious purposes without any legal consequence – this would lead to the opposite situation of what is sought with regulation in the regulation of PPA § 53, i.e. to ensure earnest tenders and tenderers with real intention to conclude the contract.

The second prerequisite for the claim for damages under PPA § 53 is that the reason for withdrawal must not be caused by the contracting authority. The claim for damages is clearly justifiable if the tender was withdrawn due to events for which the tenderer bares the risk. That means that the tenderer is not free from liability if it proves that withdrawal was not

caused by an event connected to the tenderer. In the author opinion it is nevertheless possible that the tenderer may not be liable for damages under PPA § 53 if it attests that the reason for withdrawal was caused by *force majeure* in the meaning of the Law of Obligations Act (LOA) § 103 (2). Reasons of tender withdrawal which derive from the tenderer are mainly an error made in the tender, defect found in the product or lack of materials or work force, which bring about the incapability to fulfil the contract.

If the two prerequisites are met the contracting authority may claim damages at least to the extent of the difference between the value of the withdrawn tender and that of the next tender that was declared successful. If the basis for awarding the contract is the economical advantage then the contracting authority may also claim damages which occur due to re-evaluation of the other tenders. The author concluded that additional damages may not be ruled out when applying PPA § 53. In order to evaluate whether a certain damage is reimbursable under PPA § 53, one must take into account the prerequisites set forth in LOA § 127. It is first and foremost necessary to analyse whether the purpose of the breached obligation was to prevent such additional damage. The author analysed whether e.g. dispute costs prior to the litigation procedure were reimbursable under PPA § 53 and LOA § 127 (2) and found that in certain situation that may be the case.

In practice, one of the main counter-arguments expressed by the tenderers has been the following: due to infringements in the public procurement procedure made by the contracting authority, the decision of the contracting authority to award the contract is unlawful. With such an argument, the tenderers who withdrew their tender intend to claim that their tender would never have been successful had the procurement procedure been correctly conducted. On the other hand the contracting authorities have been trying to counter these arguments by claiming that their decision to award the contract is binding and can only be contested in the proper reviewing procedure set forth in the PPA, which the tenderers who withdraw their tenders usually fail to do. The author concluded, that such a counter-argument from the contracting authorities was inadmissible, because tenderers who withdrew their tenders held no subjective right to request review. Only tenderers whose goal is to conclude a contract are allowed to file requests for reviews and tenderers who have withdrawn their tenders no longer have that goal after the withdrawal.

The author additionally found that tenderers may object the claim for damages by referring to the unlawfulness of the contracting authority's decisions made in the procurement procedure. Such basis derives from the good faith principle set forth in GPCCA § 138 (1) and LOA § 6 (1), according to which it is forbidden for the contracting authority to use its formal legal

position in bad faith. Therefore, the contracting authority may formally have the right to claim damages relying on its own binding decisions, but if the tenderer proves that the contracting authority could have not concluded a contract with that tenderer if the procurement procedure had been conducted according to the law, the tenderer can request the court not to order damages for the contracting authority.

In this thesis the author set forth and analysed three hypotheses: (1) a special regulation for contracting authority's claim for damages is necessary, because the private law remedies and the institution of tender security will not suffice for ensuring the aforementioned function; (2) the contracting authority has the right to claim damages also when the tenderer has withdrawn from its tender before the decision of a successful tender is declared; and (3) tenderers can rely on infringements made in the procurement procedure and hence rely on the unlawfulness of the decisions of the contracting authority when objecting the claim for damages. As a result of the findings of this thesis all three abovementioned hypotheses were proven correct.

_____ · _____ · _____

Erko-Andreas Roosik

KASUTATUD KIRJANDUS

1. Aarnio, A. Õiguse tõlgendamise teooria. Õigusteabe AS Juura 1996.
2. Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004.
3. Alexy, R. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. Juridica erinumber, lk 5-96.
4. Bamberger, H. G., Roth, H. Beck'scher Online-Kommentar BGB. 41. Edition. C.H.Beck. 2016.
5. Bovis, C. Access to Justice and Remedies in Public Procurement. EPPPL 2012, 3, lk 195-202.
6. Bowsher, M., Moser, P. Damages for breach of the EC public procurement rules in the United Kingdom. P.P.L.R. 2006, 4, 195-210.
7. Braun, P. Damages for irregularities in the award process: Case T-160/03. P.P.L.R. 2005, 4, NA98-103.
8. Dischendorfer, M. The conditions Member States may impose for the award of damages under the Public Remedies Directive: Case C-275/03 Commission v Portugal. P.P.L.R. 2005, 2, NA19-21.
9. Dreher, M., Motzke, G. (koost). Beck'scher Vergaberechtskommentar 2. Auflage. C.H. Beck München 2013.
10. Dunne, M. Requirement to give reasons to unsuccessful tenderers before conclusion of the standstill period: a note on the judgment of the Court of Justice in Commission v Ireland (C-455/08). P.P.L.R. 2010, 3, NA 87-90.
11. European Commission. Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the effectiveness of directive 89/665/EEC and directive 29/13/EEC, as modified by directive 2007/66/EC, concerning review procedures in the area of public procurement, COM (2017) 28. Arvutivõrgus: <http://bookshop.europa.eu/en/economic-efficiency-and-legal-effectiveness-of-review-and-remedies-procedures-for-public-contracts-pbKM0414024/> (01.05.2017).
12. Fairgrieve, D., Lichère, F. Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy. Oxford and Potland: Hart Publishing 2011.
13. Fels, E. Euroopa Liidu riigihankeõiguse normide rikkumise mõju hankelepingu kehtivusele. Magistritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond, 2015.
14. Halonen, K-M. Shielding against damages for ineffectiveness: the limitations of liability available for contracting authorities - a Finnish approach. P.P.L.R. 2015, 4, lk 111-121.
15. Henty, P. Damages for breach of public procurement rules: the case of EnergySolutions EU Limited v Nuclear Decommissioning Authority. P.P.L.R. 2016, 3, NA86-NA89

16. Hofler, H. The protection of the interests of bidders in the precontractual stage under German procurement law. P.P.L.R. 1995, 4, lk 159-167.
17. Holoubek, M., Fuchs, C., Holzinger, K.. Vergaberecht. 2., aktualisierte Auflage. Springer 2012.
18. Kappelmann, K., Messerschmidt, B. (koost). VOB Teile A und B. Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV). 5. Auflage. C. H. Beck München 2015.
19. Karindi-Kask, E. Hankelepingute muutmine. Rahandusministeeriumi analüüs. 2012.
20. Karistusseadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu (554 SE) seletuskiri. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/78433b29-8b2f-4281-a582-0efb9631e2ad/> (01.05.2017).
21. Korteriomandi- ja korteriühistuseaduse (462 SE) eelnõu seletuskiri. Arvutivõrgus: Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/bb3ae807-c425-4e93-aa0e-66fda4aa904e/Korteriomandi-%20ja%20korteri%C3%BChistuseadus> (01.05.2017).
22. Kotsonis, T. The basis on which the remedy of damages must be made available under the Remedies Directive: Stadt Graz v Strabag AG (C-314/09). P.P.L.R. 2011, 3, NA59-63.
23. Kull, I. The Codification of Private Law in Estonia. - J.C. Rivera (koost). The Scope and Structure of Civil Codes. Springer 2014, lk 133-153.
24. Leffler, H. Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions. P.P.L.R. 2003, 4, 151-174.
25. Lichere, F. Damages for violation of the EC public procurement rules in France. P.P.L.R. 2006, 4, 171-178.
26. Merusk, K., Pilving, I. (koost) Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013.
27. Minumets, D., Kulm, P. Rügihangete õigus. Tallinn: Juura, 2014.
28. Mugur, M., Ginter, C. Euroopa Liidu õiguse põhi mõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse näide. Juridica IV/2010, lk 239-247.
29. Narits, R. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura 2004.
30. OECD Council 17.07.2012 Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement. Arvutivõrgus:

<http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm> (01.05.2017).

31. Pilving, I.. Haldusakti siduvus. Doktoritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond. 2006.
32. Pünder, H., Schellenberg, M. (koost). Vergaberecht. Handkommentar. 2. Auflage. NomosKommentar 2015.
33. Rainer, J. M. Introduction to Comparative Law. MANZ Verlag Wien 2010
34. Riigihangete juhis. Rahandusministeerium. Tallinn 2014.
35. Riigihangete seaduse eelnõu (816 SE I) seletuskiri lk 101. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ff0da466-2563-38ef-a7d7-a0a7f3525acb/Riigihangete%20seadus%C2%B9>
36. Riigihangete seaduse eelnõu (816 SE) seletuskiri. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ff0da466-2563-38ef-a7d7-a0a7f3525acb/Riigihangete%20seadus%C2%B9> (01.05.2017).
37. Riigihangete seaduse eelnõu (SE 204) 10.04.2017 seisuga. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus> (01.05.2017).
38. Rubach-Larsen, A. Damages under German law for infringement of EU procurement law. P.P.L.R. 2006, 4, 179-194.
39. Rubach-Larsen, A. Damages under German law for infringement of EU procurement law. P.P.L.R. 2006, 4, lk 179-194.
40. Saar, K. Vaidlustamine riigihankemenetluses. Magistritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond. 2014.
41. Schebesta, H. Damages in EU Public Procurement Law. Springer 2016.
42. Sein, K. Damage arising from Defect in Object of Contract to Creditor's Absolute Legal Rights: Contractual or Delictual Liability? Juridica International X/2005, lk 51-59.
43. Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu (SE 204) juurde. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus> (01.05.2017).
44. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond. 2010.
45. Simovart, M.A Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the Light of the Pressetext Ruling. Juridica International XVII/2010, lk 151-160.
46. Simovart, M.A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. Juridica IV/2010, lk 248-257.

47. Städler, M. Der Umgang mit anfechtbaren Angeboten und Praxisfragen der dritten Wertungsstufe, NZBau 2014, 472-477.
48. Stürner, R (koost). Jauernig. Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB. 16. Auflage. C. H. Beck München 2015.
49. Säcker, F. J., Rixecker, R., Oetker, H., Limperg, B. (koost). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Auflage. C.H.Beck München 2016.
50. Zhang, X. Constructing a system of challenge procedures to comply with the Agreement on Government Procurement. - S. Arrowsmith, R. D. Anderson (koost). The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform. Cambridge University Press 2011, lk 483-510.
51. Tampuu, T. Lepinguvälised võlasuhted. 3., täiendatud ja muudetud trükk. Tallinn: Juura 2012.
52. Tampuu, T. Sissejuhatus lepinguväliste võlasuhete õigusesse: üldprobleemid, tasu avaliku lubamise ning asja ettenäitamise õigus. Juridica IV/2002, lk 230-241.
53. Treumer, S. Damages for breach of the EC public procurement rules - changes in European regulation and practice. P.P.L.R. 2006, 4, 159-170.
54. Tähe, T. Kahju hüvitamine riigihankemenetluses toimunud rikkumise korral. Magistritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond 2015.
55. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Sein, K. (koost). Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016.
56. Wilkie, T. Award of damages for a breach of the EU's general procurement principles: a note on Woods Building Services v Milton Keynes Council. P.P.L.R. 2015, 6, NA211-NA214.
57. Volens, U. Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldumisvormid. Doktoritöö. Tartu Ülikool. Õigusteaduskond. 2011.

KASUTATUD ÕIGUSAKTIID

Eesti Vabariigi õigusaktid

58. Riigihangete seadus. – RT I 2007, 15, 76... RT I, 25.10.2016, 20.
59. Halduskohtumenetluse seadustik. - RT I, 23.02.2011, 3... RT I, 13.04.2016, 4.
60. Võlaõigusseadus. - RT I 2001, 81, 487... RT I, 31.12.2016, 7.
61. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I 2002, 35, 216 ... RT I, 12.03.2015, 106.
62. Karistusseadustik. – RT I 2001, 61, 364 ... RT I, 31.12.2016, 14.
63. Haldusmenetluse seadus. - RT I 2001, 58, 354 ... RT I, 25.10.2016, 5.

64. Korteriomandiseadus. - RT I 2000, 92, 601... RT I, 21.05.2014, 19.
65. Äriseadustik. - RT I 1995, 26, 355... RT I, 22.06.2016, 32.
66. Tsiiviilkohtumenetluse seadustik. RT I 2005, 26, 197... RT I, 22.06.2016, 28.

Rahvusvahelised ja Euroopa Liidu õigusaktid

67. Euroopa Nõukogu 21.12.1989. a direktiiv nr 89/665/EMÜ riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. – EÜT L 395, 30.12.1989.
68. Euroopa Nõukogu 25.02.1992. direktiiv nr 92/13/EMÜ, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 076, 23.03.1992.
69. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.12.2007. a direktiiv nr 2007/66/EÜ millega muudetakse direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (EMPs kohaldatav tekst). – ELT L 335, 20.12.2007.
70. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31.03.2004. a direktiiv nr 2004/17/EÜ millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.4.2004.
71. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 31.03.2004. a direktiiv nr 2004/18 EÜ ehitustööde, riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004.
72. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26.veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. - ELT L 94, 28.3.2014, lk 65—242.0
73. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26.veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektorist tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. - ELT L 94, 28.3.2014, lk 243—374.
74. World Trade Organisatoin. Agreement on Government Procurement, 1994. Arvutivõrgus: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm (01.05.2017).
75. World Trade Organisatoin. Revised Agreement on Government Procurement, 2012. Arvutivõrgus: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm (01.05.2017).

Välisriikide õigusaktid

76. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) - BGBl. I S. 1750, 3245.
77. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) - BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738.
78. Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A) - BAnz. Nr. 196a, ber. 2010 S. 755.
79. Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A (VOB/A) - BAnz AT 19. 01. 2016 B3, 3.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

Euroopa Liidu Kohtu praktika

80. EKo 27.02.2003, C-327/00, *Santex SpA*.
81. EKo 28.10.1999, C-81/98, *Alcatel Austria AG jt*.
82. EK 10.06.1999, C-81/98, *Alcatel Austria AG jt*, kohtujuristi J. Mischo arvamus.
83. EKo 23.12.2009, C-455/08, *Euroopa Komisjon vs Irimaa*.
84. EKo 19.06.2003 C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*.
85. EKo 18.06.2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- GmbH (HI)*.
86. EKo 30.09.2010, C-314/09, *Stadt Graz*.
87. EK 09.12.2010, C-568/08, *Spijker*, kohtujuristi P. C. Villalóni arvamus.

Eesti Vabariigi kohtupraktika

88. RKTko 10.03.2003, 3-2-1-17-03.
89. RKTko 13.12.2004, 3-2-1-141-04.
90. RKTko 11.05.2005, 3-2-1-38-05.
91. RKTko 15.11.2005, 3-2-1-125-05.
92. RKHko 04.10.2006, 3-3-1-58-06.
93. RKTko 15.01.2007, 3-2-1-89-06.
94. RHKHo 10.05.2007, 3-3-1-100-06.
95. RKHko 26.03.2008, 3-3-1-7-08.
96. RKKko 11.06.2008, 3-1-1-32-08.
97. RKTko 07.10.2009, 3-2-1-83-09.
98. RKHko 14.04.2010, 3-3-1-99-09.

99. RKTko 09.02.2011, 3-2-1-138-10.
100. RKHko 14.03.2011, 3-3-1-87-10.
101. RKHko 12.10.2011, 3-3-1-31-11.
102. RKTkm 16.05.2012, 3-2-1-49-12.
103. RKTko 06.06.2012, 3-2-1-69-12.
104. RKTko 07.11.2012, 3-2-1-126-12.
105. RKHko 28.11.2012, 3-3-1-45-12.
106. RKTko 18.02.2013, 3-2-1-189-12.
107. RKTko 03.04.2013, 3-2-1-19-13.
108. RKTko 08.05.2013, 3-2-1-191-12.
109. RKTko 22.05.2013, 3-2-1-56-13.
110. RKTko 05.06.2013, 3-2-1-62-13.
111. RKHko 13.06.2013, 3-3-1-24-13.
112. RKHkm 07.10.2013, 3-3-1-44-13.
113. RKTko 11.12.2013, 3-2-1-129-13.
114. RKTko 10.03.2014, 3-2-1-194-13.
115. RKTko 30.04.2014, 3-2-1-20-14.
116. RKHko 08.05.2014, 3-3-1-9-14.
117. RKHko 20.06.2014, 3-3-1-38-14.
118. RKKko 10.10.2014, 3-1-1-46-14.
119. RKTko 14.10.2014, 3-2-1-84-14.
120. RKTko 04.02.2015, 3-2-1-144-14.
121. RKTko 04.03.2015, 3-2-1-168-14.
122. RKTko 12.05.2015, 3-2-1-82-14.
123. RKTko 28.03.2016, 3-2-1-178-15 koos kohtunike P. Pikamäe ja V. Kõve eriarvamusega.
124. TlnRnK 18.05.2012 otsus haldusasjas nr 3-11-2403.
125. TlnRnK 19.06.2013 määrus haldusasjas nr 3-13-699.
126. TrtRnK 07.11.2013 otsus tsiviilasjas nr 2-11-9612.
127. TlnRnK 21.11.2014 otsus haldusasjas nr 3-14-51790.
128. TlnRnK 08.07.2015 otsus tsiviilasjas nr 2-10-9211.
129. TlnRnK 09.11.2016 otsus tsiviilasjas nr 2-16-216.
130. HMK 14.12.2012 otsus tsiviilasjas nr 2-12-36859.
131. HMK 29.02.2016 otsus tsiviilasjas nr 2-15-4714 (koopia autori valduses).
132. HMK 22.02.2017 otsus tsiviilasjas nr 2-15-9421 (jõustumata, koopial autori valduses).

- 133. TlnHK 30.11.2012 otsus haldusasjas nr 3-12-2076.
- 134. VAKO 08.04.2014 otsus nr 56-14/149838.
- 135. VAKO 08.12.2010 otsus nr 239-10/-.
- 136. VAKO 22.01.2013 otsus nr 3-13/136904.

Saksamaa Liitvabariigi kohtupraktika

- 137. BGH, 08.04.1965, III ZR 230/63, JurionRS 1965, 11409.
- 138. BGH, 26.03.1981, VII ZR 185/80, JurionRS 1981, 12496.
- 139. BGH 08.09.1998, X ZR 109/96, JurionRS 1998, 15352.
- 140. BGH 24.11.2005, VII ZR 87/04, JurionRS 2005, 27614.
- 141. BGH 18.09.2007 - X ZR 89/04, JurionRS 2007, 42691.
- 142. BGH 26.01.2010, Az.: X ZR 86/08, JurionRS 2010, 12295.
- 143. OLG Naumburg 20.12.2012, 2 U 92/12, JurionRS 2012, 31463.
- 144. OLG Köln, 21.07.2014 - 11 U 10/14, JurionRS 2014, 20255.
- 145. LG Bonn, 30.10.2015 – 1 O 161/15, JurionRS 2015, 35779.

MUUD MATERJALID

- 146. Jaagant, U. Alt hüpanud kuulivestitarnija saab veerand miljonit eurot trahvi. EPL 16.04.2015. Arvutivõrgus: <http://www.err.ee/533328/alt-hupanud-kuulivestitarnija-saab-veerand-miljonit-eurot-trahvi> (01.05.2017).
- 147. Kuul, M. Ajahäda kuulivestide ostmisel läheb kaitsevæele maksma üle miljoni euro. ERR 13.02.2015. E-riigihangete keskkond? <http://epl.delfi.ee/news/eesti/ajahada-kuulivestide-ostmisel-laheb-kaitsevæele-maksma-ule-miljoni-euro?id=70781061> (01.05.2017).
- 148. Sihtasutus Tartu Ülikooli 15.03.2017 avaldatud riigihanke „Onkoloogias kasutatavate ravimite ostmine“ (viitenumber 184300) hankedokumendid. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/register/hange/184300> (01.05.2017).
- 149. Sihtasutus Tartu Ülikooli Kliinikumi 11.04.2017 avaldatud riigihanke „Lüüsisamba tagumise spondülodeesi süsteemi ostmine“ (viitenumber 185497) hankedokumendid. Arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/register/hange/185497> (01.05.2017).
- 150. X Riigikogu stenogramm VII istungjärk, 07.06.2006. Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/200606071300#PKP-2000013125> (01.05.2017).

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Erko-Andreas Roosik (sünnikuupäev: 04.05.1991)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

„Hankija kahjuhüvitise nõue eduka pakkumuse tagasivõtmisel“,

mille juhendaja on *dr. iur.* Ivo Pilving

1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 02.05.2017.